Crim. Köstlin
154 mc

Neue Reviſion

der

Grundbegriffe des Criminalrechts

von

C. R. Köſtlin,

Doctor und Profeſſor der Rechte.

Tübingen, 1845.

Verlag der H. Laupp'ſchen Buchhandlung.

21. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Dem

ſcharfſinnigen und gelehrten Kommentator

des

Wirtembergiſchen Strafgeſetzbuchs,

Herrn

Dr. C. F. v. Hufnagel,

Direktor des K. Gerichtshofs zu Tübingen, Ritter des Ordens
der Würtemb. Krone,

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

Der Schluß des Buches, deſſen Druck zu beginnen verſchiedene Rückſichten geboten, wird — wo möglich — noch im Verlaufe des Jahres 1844, ſpäteſtens im Anfange des nächſten nachfolgen.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorrede.

Was der Verfaſſer über Zweck und Tendenz der vorliegenden Schrift etwa vorläufig zu bemerken hätte, findet ſich in der einleitenden *Vorbemerkung* ausführlich dargeſtellt, da es bei der Tendenz dieſes Buches gerathen ſchien, ſolches nicht blos rhapſodiſch anzuführen, ſondern dem Werke ſelbſt als vorbereitende und für das Weitere die Stimmung angebende Introduktion einzuverleiben.

Daraus wird ſich zugleich von ſelbſt der Grund ergeben, der den Verfaſſer beſtimmte, zunächſt zum Behufe ſeiner Vorleſungen, bei welchen dem philoſophiſchen Elemente nur ein ſehr ſpärlicher Raum verſtattet iſt, dieſe ausführliche Arbeit zu unternehmen. Die Erfahrung hat es ihm zum Bedürfniß gemacht, den ſogen. allgemeinen Theil des Strafrechts auf dieſe Weiſe zu behandeln und darauf eine Geſchichte des poſitiven Strafrechts folgen zu laſſen, worin gezeigt wird, wie der gleiche Stoff im römiſchen, kanoniſchen und deutſchen Rechte ſich bis zur Entwickelung der neuen Strafgeſetzgebungen herab hiſtoriſch ausgebildet hat. Dieſe Geſchichte hofft er demnächſt als zweiten Theil zu dem vorliegenden Werke nachliefern zu können. Als

dritter Theil wird endlich eine dogmatiſche Darſtellung des Wirtembergiſchen Strafrechts, mit Hinweiſung auf die verwandten und abweichenden Beſtimmungen der übrigen neuen deutſchen Strafgeſetzgebungen folgen, da der Verf., in Uebereinſtimmung mit Kanzler v. Wächter, es für zweckmäßiger hält, ein beſtimmtes partikuläres Strafrecht zum Centrum zu machen, als aus allen partikulären Rechten zuſammen eine Abſtraktion zu liefern, bei welcher zuerſt die dem Rechtsbegriffe vor Allem nöthige Beſtimmtheit verloren gehen müßte, ganz abgeſehen davon, daß eine gründlich gleichmäßige Behandlung aller partikulären Rechte, vorläufig wenigſtens, zu den Unmöglichkeiten gerechnet werden muß.

Aus dieſem Plane wird man erſehen, daß der Verf. es keineswegs darauf abgeſehen hat, das ſpekulative Element auf Koſten des geſchichtlichen zu bevorzugen. Er glaubt nur, daß man erſt ein ſolides Fundament legen müſſe, ehe man weiter darauf bauen will; und von einer wiſſenſchaftlichen Behandlung ohne philoſophiſche Grundlegung hat er keinen Begriff.

Tübingen, den 23. Okt. 1844.

Der Verfaſſer.

Aufriß des Syſtems,

zugleich als

Inhaltsüberſicht.

Seite

Vorerinnerung 1

Einleitung 20

Begriffe des Rechts, des Unrechts, ſeiner Stufen, ſeiner inneren Nichtigkeit, und der Nothwendigkeit ſeiner Wiederaufhebung. §. 1–6.

Erſter Theil.

Verbrechen und Strafe an ſich. §. 7. 38

Erſtes Kapitel.

Die Rechtsverletzung und ihre Wiederaufhebung . 40

Das Recht als Recht — in einer nach Art und Größe beſtimmten Daſeinsform, Objekt des Verbrechens; deſſen Wiederaufhebung, Wiedervergeltung nach dem Princip des Werths. Unmittelbare Form: Rache, deren Mängel. §. 8–13.

Zweites Kapitel.

Die verbrecheriſche Handlung und die Tilgung der Schuld. §. 14. 51

Erſter Abſchnitt.

Die Geneſis des verbrecheriſchen Willens 54

Univerſeller ethiſcher Standpunkt. Das reine Weſen des Willens. §. 15–17.

I. Der natürliche Wille. §. 18—19. 61

II. Der wiſſende Wille. §. 20–24. 65

Seite
A. Die Formen der Freiheit. §. 25. 70
1) Die reine Freiheit. §. 26—29. 71
2) Die Willkühr. §. 30—35. 75
3) Die abſolute Freiheit. §. 36—38. 84
B. Die Formen der Nothwendigkeit. §. 39—41. 87
1) Die Natur. §. 42—44. 88
2) Das Kauſalitätsgeſetz. §. 45—47. 92
3) Der abſolute Geiſt. §. 48—60. . . . . , 96
III. Das Gewiſſen. §. 61—65. 125
IV. Reſultat. 129
Urſprung des verbrecheriſchen Willens in der Willkühr oder Wahlfreiheit. Die menſchliche Freiheit — die Grundlage der folgenden Unterſuchung. §. 66—68.

Zweiter Abſchnitt.

Die Handlung und die Schuld. 131
Das Verbrechen als ſchuldvolle Handlung. Begriff der Handlung und der Zurechnung. Verſchiedene Beziehungen beider. §. 69—75.
I. Formelle Zurechnung 148
Beziehung der Handlung auf das äußere Daſein. §. 76—78.
A. Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit. §. 79. 80. 153
1) Aufhebung der Zurechnung wegen Mangels der freien Selbſtbeſtimmung. . . . 156
Zweifelhafte und entſchiedene Zuſtände der Unfreiheit. Noch nicht entwickelte, — wieder verlorene Freiheit. §. 81—85.
2) Aufhebung der Zurechnung wegen Mangels am Thatmoment. §. 86. 175
3) Aufhebung der Zurechnung wegen mangelnder Vermittlung zwiſchen Willen und That. 176
Aeußere Gewalt. Irrthum. Zufall. — Kritik andrer Anſichten über Freiheit und Unfreiheit. Die Handlung als Miſchung beider Principien. §. 87—92.
B. Die beiden Seiten der Handlung, als Totalitäten für ſich.
1) Die Subjektivität. §. 93. 223

Seite

a) Vorſatz und Zufall. §. 94—97. 223
b) Das Verſehen. §. 98—103. 227
c) Die Abſicht. §. 104. 105. 248
α) Direkte Abſicht 251
Deren Natur und Arten (dolus determinatus, indeterminatus, Miſchung von beidem. — dolus generalis). Verhältniß des Irrthums zum dolus. §. 106—110.
β) Indirekte Abſicht 293
Luxuria und impetus im Gegenſatz der blos äußerlichen Konkurrenz von dolus und culpa (culpa dolo determinata). Kritik andrer Anſichten über die Schuldlehre. Beweis des dolus und der culpa. §. 111 bis 112 a. —
γ) Materielle Abſicht (Zweck). §. 113. 333
2) Die Objektivität. §. 114. 335
a) Die abſtrakte Weſentlichkeit der objektiven Seite. §. 115—117. 336
b) Der Verſuch. §. 118—124. 339
Momente ſeines Begriffs: a) dolus. §. 119. S. 340. — b) das Thatmoment (Verſuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objekten). §. 120. S. 353. c) Beziehung des Willensmoments auf das Thatmoment. α) In der Abſicht muß der Thatbeſtand vollkommen liegen. β) Anfangspunkt des Verſuchs. γ) Freiwilliges Abſtehen davon. §. 121. S. 376. — Geringerer Schuldgrad des Verſuchs. Seine Gradationen. §. 122. S. 401. — Beendigter Verſuch. §. 123. S. 410. — Geringere Strafbarkeit der untauglichen Verſuchshandlungen. §. 124. S. 428.
c) Die Vollendung. §. 125—128 434
C. Die Handlung als vermittelte Einheit der objektiven und ſubjektiven Seite. 447
Ein Verbrechen kann nur von einem Individuum begangen werden. Kauſalitätsverhältniß eines freien Subjekts zu ſeiner Handlung und deſſen Formen. §. 129. 130.
a) Die Urheberſchaft 450
Momente. a) Princip der Handlung in der freien Selbſtbeſtimmung. b) Kauſalzuſammenhang. c) Selbſtzweckſein. §. 131—133.
b) Die Beihilfe und die Anſtiftung §. 134. . . . 464
Weſen der Beihilfe. §. 135. S. 465. — Begünſtigung. §. 136. S. 479. Arten der Beihilfe. §. 137. S. 482. —

Seite

Verhältniß derſelben zu andern Schuldunterſchieden (dolus und culpa, Vollendung und Verſuch). §. 138. S. 502. — Weſen der Anſtiftung. §. 139. S. 509. — Wahre und blos ſcheinbare Anſtiftung. §. 140. S. 510. — Nothwendigkeit des dolus. §. 141. S. 513. — Arten der Anſtiftung. §. 142. S. 514.

c) Die Miturheberſchaft. §. 143. 144. 517

1) Intellektuelle Miturheberſchaft. §. 145—148. 521

Dieſelbe als vollendet oder verſucht §. 145. S. 521. — Strafbarkeit der wirkſamen Anſtiftung §. 146. S. 534. — Der ganz oder relativ unwirkſamen §. 147. S. 543. — Auflöſung des Verhältniſſes von Seiten des Anſtifters. §. 148. S. 561.

2) Zufällige phyſiſche Miturheberſchaft. §. 149. 562

3) Das Komplott. §. 150. 151. 577

II. Materielle Zurechnung. §. 152—155 591

Verhältniß der Handlung zum eigenen und fremden Wohl. Eine materiell gute Abſicht kann ein Verbrechen nicht rechtfertigen. §. 152. 153. — Das Nothrecht. §. 154. S. 596. — Uebergang zum Folgenden. §. 155.

III. Allgemeine Zurechnung. §. 156. — 607

Verhältniß der Handlung zur Subſtanz des Willens §. 156.— Rechtliches Gewiſſen. Kann religiöſer Wahn ꝛc. ein Verbrechen rechtfertigen? §. 157. 158. — Rechtsunwiſſenheit. §. 159. S. 612.

Dritter Abſchnitt.

Die Wiederaufhebung des Verbrechens als Tilgung der Schuld. §. 160—165. 626

Züchtigung. Abſchreckung. Prävention. Beſſerung.

Drittes Kapitel.

Die verbrecheriſche Handlung und die Strafe. — Nothwendigkeit eines äußeren Daſeins für das Recht. Geſetz und Pflicht. Zwangsweiſe Verwirklichung des Rechts. §. 166—169. 639

Erſter Abſchnitt.

Das Geſetz und die geſetzwidrige Handlung. §. 170. 645

I. Das Recht als Geſetz. §. 171. 172. 645

1) Das Geſetz. §. 173. 650

Verhältniß der Philoſophie zum poſitiven Recht.

2) Das Daſein des Geſetzes. §. 174. 654

Seite

Gewohnheitsrecht. Förmliches Geſetz.

3) Die Rechtspflege. §. 175. 656

II. Die geſetzwidrige Handlung. §. 176. 657

1) Die objektive Geſetzesübertretung. §. 177. 178. 658

Nullum crimen sine lege. Verhältniß des Gewohnheitsrechts zum förmlichen Geſetz. §. 177. Kein Verbrechen, wenn die Handlung vom Geſetze geduldet, geboten, oder dem Gegenſtande derſelben vom Geſetze diejenige Eigenſchaft entzogen iſt, wodurch der Begriff des Verbrechens bedingt iſt. §. 178.

2) Die ſubjektivgeſetzwidrige Handlung. §. 179. 668

Kriminaliſtiſche Nichtverantwortlichkeit der Unmündigen und überhaupt der geiſtig Unreifen. Behandlung der Jugend im poſitiven Rechte.

3) Die gefährliche Handlung. §. 180—184. . . . 675

a) Bedeutung des Moments der Gefährlichkeit überhaupt. Succeſſive Ordnung der Abſchreckungs- und der Beſſerungs-Tendenz. §. 181. — b) Geringere Strafbarkeit der Verbrechen, die Jemand an ſich ſelbſt oder an einem Einwilligenden begeht. §. 182. — c) Begriff des Polizeivergehens. Ueber die Polizei überhaupt, und die Rechtspolizei insbeſondere. §. 183. 184.

III. Der Staat. §. 185. 186. 703

1) Allgemeinheit u. Ausſchließlichkeit der Rechtspflege. §. 187—191. 705

Unterſchied der Strafrechtspflege von der bürgerlichen. §. 187. Ausſchließung der Privatrache. Antinomie, deren Löſung im Rechte der Nothwehr liegt. §. 188. — Lehre von der Nothwehr. §. 189—191.

2) Die Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat. §. 192—194. 736

a) Princip der Territorialität. Beſtrafung der im Inland oder Ausland verübten Verbrechen. §. 192. — b) Dauer der Strafgeſetze. Anfang, Ende, Rückwirkung §. 193. c) Auslegung und Anwendung der Strafgeſetze. §. 194.

3) Die korrektive Strafgerechtigkeit. §. 195. 196. 759

Kirche. Familie. Schule. Beſſerungsprincip.

Zweiter Abſchnitt.

Die Strafe. §. 197. 764

1) Der Begriff der Strafe. §. 198—200. 766

a) Das abſtrakte Moment der objektiven Gerechtigkeit (Wiederherſtellung des Rechts aus ſeiner Negation). Kritik

Seite

der moraliſchen und privatrechtlichen Wiedervergeltungs-theorieen (Jakob, Abicht, — Schulze, die Kantiſche Schule, Borſt, Welcker, Richter, Luden). §. 198. S. 766. b) Nothwendigkeit der ſubjektiven Aufhebung des Verbrechens. §. 199. S. 774. c) Verhältniß zwiſchen der objektiven und der ſubjektiven Seite der Strafe. Bemerkungen über die objektiv-idealiſtiſchen Syſteme aus der Schellingiſchen Schule. §. 200. S. 775.

2) Die Strafzwecke. §. 201—204. 781

a) Der objektive Zweck. §. 202. S. 783. — b) Die ſubjektiven Zwecke. §. 203. S. 786. c) Die Beziehung auf den Staat. §. 204. S. 787. — Kritik der ſogenannten relativen Strafrechtstheorieen. 1) Dogmatiſche Periode. Grotius und Wolfiſche Schule. 2) Periode der Reflexion. a) Die ſchottiſchen Idealiſten u. Skeptiker. b) Der Materialismus. Hobbes, Locke, Rouſſeau, Beccaria, Filangieri, Romangnoſi, Bentham. c) Kriticismus in Deutſchland. Kant. — 3) Spekulativer Idealismus, zunächſt als ſubjektiver. Feuerbach, Grolman, Fichte, Schulze, Martin, Gros, die Beſſerungstheorie, Wirth.

3) Das Princip der Strafe. §. 205—207 819

Kritik der Syſteme von Roſſi, Lukas, Couſin, Lerminier, Mamiani, Mancini, Baroli, Poli, Carmignani, Rosmini u. A.

Dritter Abſchnitt.

Anwendung der Strafe auf das Verbrechen. §. 208 bis 221 850

I. Verhältniß der Strafe zum Verbrechen. §. 209-215. 851

A. Die Strafgeſetzgebung. §. 210. 853

B. Die Strafrechtspflege. §. 211—214. 857

a) Gebunden an das Geſetz, als abſolute Norm, b) dabei keine ſelbſtloſe Maſchine, ſondern c) beſtimmt, den Geiſt der Geſetzgebung lebendig zu machen. Lehre von der Strafzumeſſung und den Schärfungs- und Milderungs-Gründen, von der Verbrechenskonkurrenz und dem fortgeſetzten Verbrechen.

C) Die Schranken der geſetzgebenden und richterlichen Gewalt. §. 215. 898

II. Tod und Verjährung. §. 216. 217. 899

III. Begnadigung. §. 218—221. 919

Schlußbemerkung 935

Vorerinnerung.

Wenn im folgenden eine Reviſion der Grundbegriffe des Strafrechts unternommen wird, ſo mag der Titel immerhin an das berühmte Werk des großen Kriminaliſten erinnern. Nicht als ob der Verfaſſer ſeine Kräfte überſchätzend, ſich jenem an die Seite ſetzen wollte; ſondern inſofern, als in dem zeitlichen Entwicklungsſtadium der Wiſſenſchaft ähnliche Vorbedingungen zu einem ſolchen Unternehmen zu liegen ſcheinen, wie es zur Zeit der Fall war, als Feuerbach mit der gedachten Schrift hervortrat.

Damals handelte es ſich davon, der durch Kant begründeten und durch Fichte ausgeführten Grundanſicht über göttliche und menſchliche Dinge auch in die Rechts- und beſonders die Strafrechtswiſſenſchaft Eingang zu verſchaffen und dieſe hiemit in das Ganze eines alles Wiſſen umfaſſenden Syſtems als Glied einzuführen. Bedenkt man den damaligen Zuſtand der kriminaliſtiſchen Doktrin, ſo leuchtet die Kühnheit und Verdienſtlichkeit des Unternehmens ein. Zwar hatte bereits Kant ſelbſt in ſeinen metaphyſiſchen Anfangsgründen der Rechtswiſſenſchaft eine Grundlegung des Rechts und namentlich auch des Strafrechts gegeben; es hatten die dortigen Ausſprüche des großen Denkers bereits Nachbeter und Jünger gefunden. Aber einerſeits iſt es heutigen Tags jedem Kundigen klar [1]), daß eben die Kantiſchen Ausſprüche

1) Schon i. J. 1799 hat dies Feuerbach ausgeſprochen. Reviſion I. S. 35. Anm.

über das Strafrecht, ſo tief ſie an ſich ſind, doch mit den Principien ſeiner Philoſophie überhaupt keineswegs harmonirten, ja mit denſelben in geradem Widerſpruch ſtanden, daher auch alle diejenigen, die mit Berufung auf Kant ſogenannte abſolute Strafrechtstheorieen aufſtellten, ein von vornherein erfolgloſes Unternehmen verſuchten und den breiten Platz nicht verdienen, der ihnen noch in unſern Tagen in eigenen Schriften über die Geſchichte der Philoſophie des Strafrechts, wie in den Lehrbüchern bei Gelegenheit der Darſtellung der Strafrechtstheorieen eingeräumt zu werden pflegt. Andrerſeits waren alle dieſe Darſtellungen ſelbſt Neuerungen, die bei den damaligen Juriſten von Profeſſion in ebenſo ſchlechtem Kredit ſtanden, als wenn ſie beſſer geweſen wären. Die Doktrin des Tags beruhte vielmehr damals auf der bekannten, pedantiſch ſeichten, behaglich aufgeklärten, mit ihrer eigenen Oberflächlichkeit liebäugelnden Weltanſicht, wie ſie ſich als Produkt der Wolffiſchen Formular- und Popularphiloſophie über die gebildete Welt ausgebreitet hatte.

Feuerbach war es nun, der den entſcheidenden Wurf that, indem er die wahre Konſequenz der Kantiſchen Gedanken energiſch ausſprach und zum Syſtem ausführte. Er gerade, mit ſeiner Freiheitslehre, worauf er die Theorie vom pſychologiſchen Zwange gründete, hatte das punctum saliens getroffen, womit die Wiſſenſchaft des Strafrechts zu einem ächten Ausfluß derjenigen Philoſophie wurde, welche damals die vorwärtsſchreitenden Geiſter bewegte und Jahrzehnte nachher als öffentliche Meinung in die Maſſe durchdrang. Zwar pflegt dies in den herkömmlichen Darſtellungen der Strafrechtstheorieen nicht anerkannt zu werden. Nur Abegg und Roßhirt, unſeres Wiſſens, ſprechen die epochemachende Bedeutſamkeit Feuerbachs mit Entſchiedenheit aus, während ſonſt die Darſtellung der Feuerbachiſchen Lehre unter der Menge der relativen Theorieen nur eben auch ſo mitläuft. Allein das iſt

eben die leidige Folge davon, daß man bei den fraglichen Darſtellungen noch immer den Gebrauch hat, nach ganz äuſſerlichen, entweder bloß formaliſtiſchen, oder gar chronologiſchen Eintheilungsprincipien zu verfahren, während man doch endlich gelernt haben ſollte, daß die Geſchichte der Philoſophie, ſomit auch die der Philoſophie des Strafrechts als Geſchichte eines organiſchen Lebens behandelt werden muß. Wer nun die ſeit fünfzig Jahren erſchienenen Strafrechtstheorieen in dieſem Sinne betrachtet und in ihrem Zuſammenhang mit der allgemeinen Geſchichte der Philoſophie durchdacht hat, für den iſt Feuerbach nicht bloß der leicht abzufertigende Erfinder einer relativen Theorie neben einer ganzen Reihe andrer ſcharfſinnigen Leute; vielmehr verehrt er in ihm, wenn er gleich — oder vielmehr gerade weil er die Feuerbachiſche Lehre für eine in ihrer Totalität ſchneidend einſeitige und unwahre erkennt, gleichwohl den kühnen und großartigen Begründer einer neuen Epoche für die Philoſophie des Strafrechts, der für ſeine Zeit ſelbſt vor Fichte den Vorrang gewann, und nur an Grolman einen Nebenbuhler hatte.

Will man aber auch von dieſer philoſophiſchen Bedeutung Feuerbachs abſehen, ſo iſt doch ſo viel gewiß und allgemein bekannt, daß ſeine Anſichten faſt bis in unſre Tage herab die Praxis beherrſcht haben, ja daß ſie, wenn auch nicht in ihrer ſcharfen Einſeitigkeit, ein ſehr bedeutendes Ingrediens der neueren Strafgeſetzbücher geworden ſind, und zwar auch derer, die den Feuerbachiſchen Urſprung ihrer Grundſätze zu ignoriren ſich das Anſehen geben.

Wenn nun aber gleich ſelbſt dieſe neuen Geſetzbücher, nach denen fortan eine neue Praxis ſich bilden wird, noch als Niederſchläge Feuerbachiſcher Gedanken zu betrachten ſind, ſo muß doch anerkannt werden, daß die von Feuerbach begründete Epoche ihr Ende erreicht hat. Und eben darin

liegt der Grund, warum jetzt eine neue Reviſion der Grundbegriffe der Strafrechtswiſſenſchaft am Platze iſt.

Gerade dies, daß die Feuerbachiſche Anſicht aus der Schule in's Leben übergetreten und Gemeingut der allgemeinen Bildung geworden iſt, muß als Zeichen betrachtet werden, daß ſie ſich wiſſenſchaftlich überlebt hat. In der That zeigt ſich dies auch nach einer doppelten Richtung hin. Einmal iſt es nämlich bekannt, daß die von Feuerbach zuerſt mit philoſophiſcher Dignität hingeſtellte Tendenz[1]), das Strafrecht auf einen Zweck zu gründen, nach und nach eine Menge ähnlicher Verſuche hervorgerufen hat, wodurch andre relative Momente der Strafe an's Licht gezogen wurden, und zwar eben ſo viele, daß ſich kein weiteres mehr auffinden läßt. Es war natürlich, daß ſich dieſe verſchiedenen relativen Theorien untereinander befeindeten; es iſt aber ſchon ſonſt bemerkt worden, wie ſie gerade in der Vollſtändigkeit ihrer Zahl ebenſo die Aufhebung ihrer Einſeitigkeiten, als die Anerkennung ihrer Wahrheit in ihrer Totalität erfahren. Ja, nicht nur andre relative Theorien ſind der Feuerbachiſchen gefolgt, ſondern unter den zur Vollſtändigkeit der Entwicklung nothwendigen iſt auch ein Ueberfluß von ſolchen aufgetaucht, die vom einen dies, vom andern jenes nahmen, — ganz zu ſchweigen von denen, die den auf Gedanken unmöglich zu reducirenden Verſuch machten, die von Kant aufgeſtellte ſogenannte abſolute Theorie mit einer oder gar mehreren relativen Theorien zuſammen zu leimen. Zeigt ſich ſomit die Feuerbachiſche Periode auf der einen Seite als eine vollſtändig erſchöpfte, in dem doppelten Sinne, daß ſie Alles herausgeſetzt hat, was in ihrem Principe lag, und daß ſie eben hierüber in Erſchöpfung verfallen iſt, ſo entſpricht

---

1) Die oft wiederholte Behauptung, daß Feuerbach in der Sache ſelbſt nichts Neues geſagt habe, zeugt nur davon, daß die, welche ſie ausſprechen, kein ſpekulatives Bewußtſein haben.

nun andrerſeits dieſem Vergehen auch ein Entſtehen. Die Wiſſenſchaft nämlich hat die gedachte Periode der Erſchöpfung nicht abgewartet, ſondern ſchon ziemliche Zeit vorher für eine neue poſitive Geburt geſorgt, welche in Hegels Rechtsphiloſophie hervortrat.

Zwar iſt nun die epochemachende Bedeutung dieſer Philoſophie bei den meiſten Juriſten in unſern Tagen noch eben ſo wenig zum Bewußtſein gekommen, als dies zu Feuerbachs Zeiten mit der Kantiſchen der Fall war. Im Gegentheil findet man in den mehrgedachten Darſtellungen der Strafrechtstheorien in der Regel die Hegel'ſche mit den Aeußerungen Kants und ſeiner unmittelbaren Nachtreter nur ebenſo zuſammengeſtellt, als ſuchten beide Philoſophen denſelben Inhalt nur in verſchiedener Form darzuſtellen; und Herr Henrici[1]) iſt noch überdies der Meinung, daß ſich die Lehre Hegels niemals eines ſolchen Einfluſſes auf die Praxis zu erfreuen haben werde, wie ſich deſſen die Kantiſche zu rühmen gehabt habe. Allein ſolche Anſichten beweiſen nur die Unzulänglichkeit ihrer Urheber in philoſophiſchen Dingen und ihre Unfähigkeit, Gedanken in ihrem Werthe eher zu erkennen, als ſie nicht in die allgemeine Bildung übergegangen und zur Scheidemünze leichtfaßlicher Vorſtellungen ausgeprägt worden ſind.

Daß nun aber mit der letzten entſchiedenen Geſtaltung der Philoſophie in der That eine neue Epoche auch für die wiſſenſchaftliche Begründung des Strafrechts eingetreten ſei, dafür genügt es, auf den Hauptpunkt hinzuweiſen, — auf die neugewonnene Einſicht in das Weſen des Staates. Wirklich iſt es ein erfreuliches Zeichen, daß dieſe Einſicht, ſo ſehr man auch von verſchiedenen Seiten her gegen ihren Begründer zu eifern gewohnt iſt, doch täglich mehr ins gemeine Bewußtſein ſich einzuleben anfängt, womit die Empfänglichkeit für die

1) Ueber die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincips. 2te Aufl. S. 60. Vgl. Hepp Darſtellung und Beurtheilung der deutſchen Strafrechtstheorieen. 2te Aufl. Vorrede. S. VII.

dadurch bedingte Auffaſſung des Strafrechts von ſelbſt ſich verbreitet. Freilich gehört zu dem Vielen, was die herkömmlichen Darſtellungen der Strafrechtstheorieen in der Regel vermiſſen laſſen, auch dies, daß auf jenen Hauptpunkt meiſt am wenigſten oder gar keine Rückſicht genommen wird, was freilich mit davon herrührt, daß die meiſten Verfaſſer ſolcher Darſtellungen noch ſelbſt innerhalb des Kantiſchen Gedankenkreiſes ſtehen oder Eklektiker ſind, und deshalb entweder bei den früheren Strafrechtstheorieen kein Bedürfniß fühlen, einen Punkt zu unterſuchen, den ſie mit den Begründern dieſer Theorien gemein haben, der ſich ihnen auch wohl von ſelbſt zu verſtehen ſcheint, oder aber im zweiten Falle nicht einmal ahnen, daß die Anſicht über das Weſen des Staates gerade der Hauptpunkt iſt, von dem aus allein eine wahre Strafrechtstheorie (d. h. eine wirklich gedachte, nicht bloß, wie es allerdings mehrere giebt, in zuſammengewürfelten Vorſtellungen ſich herumtreibende) verſtanden und beurtheilt werden kann.

Jedem Denkenden iſt es nun klar, daß — mit Ausnahme der ſchon berührten Kantiſchen Darſtellung und ihrer Filialausführungen — faſt alle bis in die neuere Zeit hervorgetretenen wahrhaften Strafrechtstheorieen ganz und durchaus in der Kantiſch-Fichtiſchen Anſicht vom Staate wurzeln, in der Anſicht nämlich, welche, die Subſtantialität des Staats nicht anerkennend, denſelben zum Produkt des Ichs und dieſes zur Allgemeinheit macht. Auch die Eklektiker, die ſich über das Weſen des Staats nur nebenher ausſprechen und dieſen als gegeben annehmen, ruhen endlich durchgängig auf jenem Reſultate des ſubjektiven Idealismus, welches auch in der That bis in die neuere Zeit herein die Vorſtellungen der meiſten Gebildeten beherrſcht hat. Eben nur in jener Anſicht von Recht und Staat überhaupt liegt der Schlüſſel zu den Begründungen des Strafrechts, wie wir ſie von Fichte, Feuerbach, Grolman, Gros u. A. haben. Aber freilich ſieht man nur zu häufig

dieſes Licht unter den Scheffel geſtellt, und vor dem abgedroſchenen Gerede über relativ und abſolut, Rechtsgrund und Zweck, oder, wie man neuſtens vollends variirt, nächſtem Zweck, Mittelzweck und Endzweck, und was dergleichen untergeordnete Geſichtspunkte mehr ſind, vergißt man gerade das, was einem zuerſt einfallen ſollte!

Sobald man dem Staate die Subſtantialität abſpricht und ihn zu einem Produkte des Ichs macht, oder, um den prägnanten Ausdruck Fichtes zu gebrauchen, ſobald man das Recht als einen bloß techniſch-praktiſchen Begriff nimmt, ſo verſteht es ſich ganz von ſelbſt, daß man auch das Strafrecht nur aus dem Vertragsprincip ableiten und die Strafe nicht als eine an und für ſich ſeiende, ſondern nur als eine relative, d. h. durch einen anderweitigen Zweck bedingte Nothwendigkeit rechtfertigen kann. Zwar pflegt man, wenn von der Ableitung aus dem Vertragsprincipe die Rede iſt, in der Regel nur an Fichte und ſeinen Abbüßungs- und Beſſerungsvertrag zu denken, während einem bei dem andern Moment der Zweckbeziehung, Feuerbach, Grolman u. ſ. w. auf die Lippen kommen. Allein auch Feuerbach z. B. deducirt ganz nur aus dem Vertragsprincip, wenn er ſich bemüht, die Vereinbarkeit der Strafandrohung mit der rechtlichen Freiheit der Individuen nachzuweiſen; andrerſeits liegt in Fichtes Theorie das Zweckmoment nur etwas weniger handgreiflich zu Tage, als bei den Uebrigen. Eben deshalb aber, weil die ſogenanten relativen Theorien ſo weſentlich auf der Theorie vom Staatsvertrag beruhen, leuchtet auch die Verkehrtheit ein, welche darin liegt, wenn man Kants Begründung des Strafrechts gutmüthig neben ſeiner Grundanſicht vom Staate hinnimmt, als wäre beides in voller Harmonie, wie dies neuſtens wieder Henrici gethan hat, oder wenn man gar, wie derſelbe thut, dieſe Grundanſicht (wenn auch mit unweſentlichen Modifikationen) adoptirt und darauf die abſolute Nothwendigkeit der Strafe propft, ohne

einzuſehen, daß eins der beiden Momente nothwendig das andre zum Fenſter hinauswerfen muß.

So ſehr nun aber jene Grundanſicht des ſubjektiven Idealismus von Recht und Staat bisher die Menge beherrſcht hat und größtentheils noch beherrſcht, ſo gewiß iſt es andrerſeits, daß die Wiſſenſchaft darüber hinausgeſchritten iſt, und es iſt nicht das geringſte Verdienſt der hiſtoriſchen Schule, daß ſie dieſe Umwandlung vorbereitet und, wenn auch wider Willen, befördert hat. Man hat gelernt, den Staat für etwas mehr anzuſehen, als eine bloße Rechts- und Sicherheitsaſſekuranzanſtalt, und ſelbſt diejenigen, welche ſeine ſubſtantielle Natur nur in der noch rohen Form der Naturwüchſigkeit begreifen, befinden ſich doch bereits auf einem von dem Kant-Fichtiſchen durchaus verſchiedenen Standpunkt. Ihre wiſſenſchaftliche Begründung aber hat dieſe Differenz nur in dem objektiven Idealismus der neueren Philoſophie erhalten, die mit aller Entſchiedenheit den Staat als Selbſtzweck hinſtellte, ja in der ihr durch Hegel gegebenen Form die Subſtantialität des Staats mit einer ſolchen Uebertreibung verfocht, daß es jetzt vielmehr nothwendig ſcheint, dieſen Staatsabſolutismus ſowohl den Berechtigungen andrer objektiv-ſittlichen Mächte, als den wohlbegründeten Anſprüchen der ſubjektiven Freiheit gegenüber wieder auf das richtige Maß zurückzuführen.

Schon um des letzteren Zweckes willen iſt es an der Zeit, eine Begründung des Strafrechts auf der Grundlage der neueren Philoſophie aufzuſtellen, dabei aber die Abſtraktion des objektiven Idealismus abzuthun und denjenigen Momenten ihr Recht wieder zu geben, welche bei Hegel zu kurz gekommen ſind. Denn gerade in dieſer Richtung können auch die Abegg'ſchen Schriften, die ſich unmittelbar an Hegel anlehnen, nicht völlige Befriedigung gewähren. Aber auch abgeſehen hievon können wir durch die, übrigens in ſo manchem Betracht verdienſtlichen Bemühungen des ebengenannten

würdigen Gelehrten unſer Unternehmen nicht für überflüſſig gemacht anſehen, da, wie ſich unten näher ergeben wird, ſeine Darſtellung der Strafrechtswiſſenſchaft die neuere Philoſophie oft mehr wie einen Schmuck an ſich trägt, als daß ſie für ein völlig durchgearbeitetes Erzeugniß derſelben gelten könnte. Gleichwohl iſt es für die Empfänglichkeit des juriſtiſchen Publikums in Anſehung der neueren Philoſophie wiederum ein ſehr gutes Zeichen, daß die neuere kriminaliſtiſche Literatur in ihren würdigſten Organen ſich ſo vielfältig beeifert, eben diejenigen unter den von Abegg zu Markte gebrachten Anſichten mit Anerkennung hervorzuheben, welche ſeiner näheren Vertrautheit mit Hegel ihren Urſprung verdanken.

Dient uns aber Abegg unmittelbar als Vorgänger, ſo dürfen wir uns auch andrer Vorarbeiten erfreuen, welche, wenn auch weniger unmittelbar, dazu dienen, unſerm Unternehmen Eingang zu verſchaffen. Dahin rechnen wir aber vornämlich die mehrfachen in neueſter Zeit aufgeſtellten ſogenannten Gerechtigkeitstheorieen, beſonders die Arbeiten von Mittermaier, Luden[1]) u. A. welche, wenn ſie auch zunächſt nur als Erzeugniſſe eines verſtändigen Räſonnements auftreten, gleichwohl geeignet ſind, in Beziehung auf die weſentlichen Reſultate dem hier methodiſch aufzurollenden Gedankengang die Aufmerkſamkeit und Gunſt denkender Rechtsgelehrten zuzuwenden; ebenſo die zunächſt dem poſitiven Rechte gewidmeten, aber mannigfach vom Geiſte der neueren Philoſophie berührten Schriften von Heffter und Marezoll u. A.

Eben hiemit iſt denn bereits ausgeſprochen, daß wir keineswegs der Meinung ſind, dem Publikum ein dem Inhalt nach durchaus neues Werk vorzulegen. Im Gegentheil hoffen

1) Die Theorieen von Wagner, Hanke u. A., die der Schelling'ſchen Philoſophie ihren Urſprung verdanken, gehören in Eine Kategorie mit der Hegel'ſchen.

wir, daß der denkende Leſer in den Reſultaten ſich ganz vertraut und heimiſch finden werde, weil wir eben nur die Natur der Sache für ſich ſelbſt ſprechen zu laſſen im Sinne haben. Dagegen wird freilich die Form eine andre ſeyn müſſen, als ſie in den gewöhnlichen Darſtellungen des allgemeinen Theils vom Strafrechte ſich findet. Und eben die andre Methode wird denn freilich nicht ſelten auch den Inhalt theils in neuem Lichte erſcheinen laſſen, theils zu Konſequenzen entwickeln, die hergebrachten Annahmen widerſprechen mögen. Will nun Jemand nach dieſer Erklärung den Titel der Schrift übertrieben oder — nach der beliebten Ausdrucksweiſe derer, die jeden direkten oder indirekten Angriff auf ihre Theorie für einen perſönlichen nehmen, — anmaßend nennen, ſo mag er das halten, wie er will; uns zeigt er dadurch, daß er keine Ahnung davon hat, wie ein durch ſyſtematiſches Denken gerechtfertigtes Reſultat ein weſentlich anderes iſt, als ein empiriſch aufgenommenes oder aus hin- und herfahrenden Reflexionen abſtrahirtes.

Gerade dem Bedürfniſſe einer ſyſtematiſchen Durchführung des Princips können aber auch die zuvor erwähnten Gerechtigkeitstheorien nicht genügen, ſchon deshalb, weil ſie ſich ſelbſt nicht für Erzeugniſſe einer ſpekulativen Betrachtungsweiſe ausgeben und überdies in der Regel mit der Beantwortung einiger willkührlich herausgegriffenen Hauptfragen ſich begnügen, wenn ſie nicht etwa gar ausdrücklich eine ſolche Beſchränkung als nothwendig und mithin die Unmöglichkeit einer vollſtändigen konkreten Durchführung des Princips behaupten. Wenn dagegen z. B. v. Preuſchen allerdings ſich auch auf einzelne beſondere Materien des allgemeinen Theils einläßt, ſo iſt zu bedauern, daß gerade dieſe Darſtellung mehr, als andre, dem Vortheil des methodiſchen Denkens entſagt und dafür in einem rhapſodiſchen Verfahren ſich gefällt. Freilich kann es denn auch bei genauerer Betrachtung der fraglichen Theorieen nicht

entgehen, daß ſie ſelbſt zuletzt auf einer eklektiſchen Anſicht beruhen und aus dem Streben hervorgegangen ſind, die alte und neue Staatsanſicht möglichſt leidlich zu einem Ganzen zu verbinden, und hiemit den unbequemen Streit der Strafrechtstheorieen mehr bloß zu beruhigen, als zu einer energiſchen Entſcheidung zu bringen. Sie ſtehen damit in der Doktrin ungefähr auf demſelben Standpunkt, den in der legislatoriſchen Praxis die neuen Geſetzgebungen einnehmen. Abegg bemüht ſich bekanntlich, wiederholt nachzuweiſen, daß auch dieſe Geſetzgebungen wenigſtens unbewußt oder ſtillſchweigend vom Prinzipe der Gerechtigkeit ausgehen; gleichwohl erfährt er damit vielfältigen Widerſpruch. Und in der That haben hier die Streitenden auf beiden Seiten Recht und Unrecht. Denn einerſeits liegt allerdings jenen Geſetzgebungen, eben wie jenen auf das Gerechtigkeitsprincip fußenden Theorieen, das Beſtreben zu Grund, mittelſt der Appellation an das natürliche Gefühl, welches ſich endlich doch durch alle Reflexionen Bahn macht, den Streit der Strafrechtstheorieen von ſich wegzuſchieben oder ſich als die Verſöhnung der in jenen hervortretenden verſchiedenen Principien hinzuſtellen. Andrerſeits iſt es aber eben ſo wahr, daß dieſe Verſöhnung nur eine ſcheinbare und oberflächliche iſt, während unter der Oberfläche der vermeintlich beſchwichtigte Streit immer noch fortgährt, und eben deshalb es nicht ſchwer iſt, in den fraglichen Geſetzgebungen auch wieder allerlei Elemente der Abſchreckungs-, Sicherungs-, Beſſerungs- und andrer Theorieen zu finden. Der Grund liegt darin, daß dieſe Geſetzgebungen, wie jene vermittelnden Theorieen, von einer äußerlichen und mechaniſchen Vermittlung dasjenige erwarten, was nur einer inneren oder organiſchen gelingen kann. Zwar hat Abegg wiederholt die ganz richtige Behauptung ausgeſprochen, daß in dem Syſteme der gerechten Wiedervergeltung auch die Principien der relativen Theorieen, zwar in ihrer ausſchließlichen Einſeitigkeit aufgehoben, wohl aber

in ihrer Wahrheit als Momente erhalten ſeien. Allein dieſe Behauptung erhält nur dann Gewicht, wenn ſie nicht bloß Behauptung bleibt, ſondern ihre dialektiſche Geneſis auch nachgewieſen wird, ein Bedürfniß, das in der kriminaliſtiſchen Literatur ſeine Erfüllung noch nicht gefunden hat. Noch weniger kann aber eine Gerechtigkeitstheorie leiſten, die auch nicht einmal das Bedürfniß eines ſolchen organiſchen Proceſſes in Beziehung auf die vorhergegangenen Strafrechtstheorieen fühlt, ſondern ſich entweder als eine beſondere neben dieſe, oder zwar über ſie ſtellt, jedoch ohne die ſpekulative Kritik, die hiezu allein das Recht geben kann. Das Gerechtigkeitsprincip bleibt dann nothwendig ein formaliſtiſches und leeres, und der Vorwurf der Unfruchtbarkeit, der dagegen erhoben wird, iſt nicht wohl abzuweiſen. Aber nicht nur unfruchtbar bleibt das Princip, ſondern es wird auch zum bequemen Deckmantel, unter welchem die relativen Strafrechtsprincipien ſich alsbald wieder einniſten und ihr Weſen treiben, wie zuvor. Dies iſt die ganz natürliche Folge eines Verfahrens, das von Gegenſätzen nur zu abſtrahiren, nicht aber ſie zu überwinden weiß. Ueberwunden können die relativen Theorieen nur dann werden, wenn ſie in der dialektiſchen Entwicklung der abſoluten Theorie ſelbſt ihr Unrecht und ihr Recht erfahren.

Indeſſen ſind auch ſolche äußerlichen Vermittlungen vollſtändig hervorgetretener divergirender Principien, wie ſie in den gedachten Theorieen und in den neuen Strafgeſetzgebungen vorliegen, jedesmal wenigſtens ein Zeichen dafür, daß eine wiſſenſchaftliche Periode zum Abſchluß reif und der dieſelbe beherrſchende einſeitige Gedanke erſchöpft iſt. Eben dann aber tritt die Nothwendigkeit ein, den geſammten Stoff der fraglichen Wiſſenſchaft gründlich vorzunehmen, denſelben mit dem neuen Princip zu befruchten und nachzuſehen, was daran haltbar, was verwerflich, und wie das Haltbare gedankenmäßig zu begründen iſt. Mit andern Worten: es bedarf einer neuen

Reviſion der Wiſſenſchaft, wie ſie im Folgenden verſucht werden ſoll.

Haben wir nun im Bisherigen an Feuerbachs Unternehmen angeknüpft, um zu zeigen, daß jetzt ähnliche Vorbedingungen zu einem ſolchen vorhanden ſind, wie am Schluſſe des vorigen Jahrhunderts, ſo muß auf der andern Seite auch bemerkt werden, daß die Sache ſelbſt jetzt einer andern Ausführungsweiſe bedarf, als damals.

Die kritiſche Philoſophie mußte ihrer Natur gemäß kritiſirend zu Werke gehen, und zwar kritiſirend bis zur Deſtruktion. Denn ihre Seele war der Uebermuth des Sollens gegen die Wirklichkeit. In dieſer Beziehung verhält ſich aber die ſpekulative Philoſophie gerade umgekehrt, ſie will nur die Wirklichkeit in ihrer Vernünftigkeit aufzeigen, und am wenigſten verhält ſie ſich feindſelig gegen die Geſchichte. Da nun in den Bereich der geſchichtlichen Entwicklung auch die bisherigen Strafrechtstheorieen fallen, ſo müſſen auch dieſe mit ihrem weſentlichen Gehalt innerhalb des Syſtems ihre Anerkennung erhalten, und es bedarf keiner beſonderen Polemik, wodurch erſt der Weg zu der richtigen Anſicht gebahnt werden müßte. Eben ſo wenig kann davon die Rede ſeyn, dem poſitiven Rechte irgendwie Gewalt anzuthun und daſſelbe auf dem Prokruſtesbett einer eigenſinnigen Meinung zu ſtrecken oder zu kappen. Nur freilich eine Apotheoſe des Poſitiven, ein Götzendienſt vor der geſchichtlichen Erſcheinung kann nicht erwartet werden.

Indeſſen macht eben das Verhältniß, in welchem die ſpekulative Philoſophie zum poſitiven Rechte ſich befindet, hier noch eine beſondere Bemerkung nöthig.

Es gehörte zu den Eigenthümlichkeiten Feuerbachs, daß er den allgemeinen Theil in ſeiner Darſtellung des poſitiven Rechts ganz auf der Grundlage ſeiner philoſophiſchen Anſicht aufbaute, während ſein minder ſtürmiſcher und entſchiedener

Freund, Grolman, es vorzog, einen allgemeinen philoſophiſchen und einen allgemeinen poſitiven Theil auseinander zu halten. Welcher von beiden im Sinne der Grundanſicht, wovon der eine wie der andre ausgieng, Recht hatte, mag hier dahin geſtellt bleiben. Gewiß iſt, daß jetzt Feuerbachs Verfahren faſt allgemeinen Tadel erfährt.[1]) Auch hat man damit deshalb nicht Unrecht, weil die Stellung der Feuerbachiſchen Philoſophie zur Wirklichkeit überhaupt eine feindliche, die letztere in jeder Hinſicht beeinträchtigende und zwängende war. Man ſtellt daher faſt allgemein die Anſicht auf, daß die Darſtellung des allgemeinen Theils des Strafrechts durchaus von poſitiven Rechtsgrundſätzen ausgehen, und ſomit alle „bloße Philoſophie" als eine willkührliche Zuthat davon entfernt bleiben müſſe. Allein dieſe Behauptung iſt, ſo ſehr ſie gegen Feuerbach Recht hat, gleichwohl in gedoppelter Hinſicht ſchief.

Zunächſt nämlich liegt ihr ein vollkommenes Mißverſtändniß über das Weſen der Philoſophie zu Grund, ſofern dieſe, ſowie ſie ſich jetzt erfaßt hat, ſich in keinem abſoluten, ſondern nur noch in einem relativen Gegenſatze gegen das poſitive Recht befindet, in der Weiſe, daß das poſitive Recht innerhalb ihrer ſelbſt fällt und ſeine beſtimmte, freilich nach mehreren Seiten hin beſchränkte Stellung einnimmt. Indem ſie nämlich darauf ausgeht, die Wirklichkeit in ihrer Vernünftigkeit zu begreifen, ſo hat ſie es keineswegs bloß mit dem Begriff zu thun, ſondern auch mit der geſchichtlich gewordenen Wirklichkeit dieſes Begriffes. Beide Sphären fallen ihr nicht dualiſtiſch auseinander, ſo ſehr ſie relativ verſchieden ſeyn mögen. Denn die geſetzmäßige, aus der inneren Natur der Sache hervorgehende Entwicklung der Idee in ihre einzelnen Momente muß nothwendig in beiden Sphären des Daſeins dieſelbe ſeyn, und es kommt nur darauf an, daß man bei der Betrachtung des geſchichtlichen Verlaufs ſich nicht durch die Mannigfaltigkeit

---

1) Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 2, und die dort Angef.

der endlichen Erſcheinung blenden und verwirren laſſe, ſondern die weſentliche Entwicklung, das geiſtige Geſetz, den Pulsſchlag der Idee herauszufinden und zu bezeichnen wiſſe. Das aber ſteht feſt, daß das in der Geſchichte gewordene Recht weſentlich nicht anderer Natur ſeyn kann, als das, welches jeder finden kann, wenn er in ſeinen Buſen greift und der geiſtigen Kraft nicht ermangelt, um den Inhalt ſeines Bewußtſeins zu klaren Gedanken zu befeſtigen. Es iſt erfreulich, neuerdings bei Luden die unumwundene Anerkennung jener Grundwahrheit anzutreffen.[1] Nur iſt wohl die Sache etwas zu leicht genommen, wenn er ſich bei der Kategorie der Allgemeinheit und Beſonderheit begnügt, und das allgemeine, d. h. philoſophiſche Strafrecht, eben weil es das nur allgemeine, als ſolches nie in die Exiſtenz tretende ſei, von der Darſtellung des beſondern, d. h. poſitiven Strafrechts völlig ausſchließen will. Er ſagt zwar ganz richtig: „Das poſitive Strafrecht eines gegebenen Volkes kann nichts anderes ſein, als die beſondere Form, in welcher das philoſophiſche oder allgemeine Strafrecht bei demſelben in die Erſcheinung tritt; es könnte gar kein poſitives Strafrecht geben, wenn es kein allgemeines Strafrecht gäbe, während umgekehrt dieſes allgemeine Strafrecht nicht in ſeiner Allgemeinheit, ſondern nur als poſitives Strafrecht in die Erſcheinung treten kann.“ Allein ohne Zweifel verſteht er dieß doch in einem Sinne, in welchem das Geſagte unrichtig iſt. Denn wenn er meint, daß das allgemeine Strafrecht als ſolches überhaupt der Exiſtenz unfähig ſei, ſo nimmt er die Allgemeinheit offenbar als abſtrakte, d. h. von dem Beſonderen abgezogene Allgemeinheit. Im Gegentheil aber muß ein philoſophiſches Strafrecht in dem Sinn das allgemeine ſein, daß alles poſitive Strafrecht als Entwicklungsmoment innerhalb deſſelben und die Univer-

---

1) Handbuch des Strafrechts. I. S. 5, 6, vgl. ſeine Vorrede zur Ueberſetzung von Romagnoſi. S. 14—17.

ſalgeſchichte des poſitiven Strafrechts mit dem ausgeführten philoſophiſchen Syſteme in Eins zuſammen fällt. Das poſitive Strafrecht eines beſtimmten Volkes iſt daher nicht nur überhaupt eine beſondere Erſcheinungsform des allgemeinen, ſondern es iſt eine beſtimmte Beſonderung deſſelben, deren Darſtellung daher nicht außer oder neben dem allgemeinen gegeben werden kann. Empiriſch beſchrieben kann ein ſolches poſitives Strafrecht allerdings werden, auch ohne Anknüpfung an das allgemeine, und es kann keinem Beſonnenen einfallen, den großen Werth der vielen trefflichen Darſtellungen zu läugnen, die wir in dieſer Weiſe von dem vaterländiſchen Strafrechte haben. Aber mit ſolchen empiriſchen Ausführungen iſt eben immer nur die beſondere Erſcheinungsform als ſolche anſchaulich gemacht, niemals aber dieſelbe in ihrem Weſen begriffen. Letzteres kann nur dann erwartet werden, wenn das geſchichtlich gewordene Strafrecht als beſtimmte Entwicklungsſtufe der Idee deutlich gemacht, wenn ſeine Darſtellung von der ſyſtematiſchen Durchführung deſſen, was Luden das allgemeine Strafrecht nennt, getragen wird.

Mit andern Worten: es muß wieder, wenn gleich in weſentlich anderem Sinne, als es von Feuerbach geſchehen iſt, philoſophiſches und poſitives Strafrecht, und vor allem in dem ſogenannten allgemeinen Theile amalgamirt werden. Und wenn nun, wie geſagt, dieſe Behauptung einer ziemlich allgemein gewordenen Anſicht entgegentritt, ſo glauben wir im Vorſtehenden doch zunächſt das Mißverſtändniß beſeitigt zu haben, in welchem ſich dieſe Anſicht hinſichtlich der Anſprüche der Philoſophie befindet.

Andererſeits nun aber iſt man gar wohl berechtigt, der gedachten Anſicht ſelbſt auf den Leib zu gehen und zu fragen, ob in den vorliegenden Lehrbüchern des deutſchen Strafrechts wirklich der allgemeine Theil rein aus poſitivem Material gebaut ſei? So angelegentlich dies in der Regel verſichert wird, ſo wenig glauben wir, daß dies mit Recht geſchieht.

Wie könnte das auch der Fall ſein, da bekanntermaßen die wichtigſten Begriffe des allgemeinen Theils, wie der Begriff des Verbrechens, der Strafbarkeit, des Grundes der Strafbarkeit, und andere, wie ſie uns als geltendes Recht vorgetragen werden, gar nicht aus den Quellen unſeres poſitiven Rechts entnommen ſein können, ſondern Erzeugniſſe gewohnheitsrechtlicher und durch die Wiſſenſchaft vermittelter Weiterbildung des Rechts ſind, für welche die Bezeichnung als poſitives Recht ſehr problematiſch erſcheint? Sind doch eingeſtandenermaßen die meiſten und wichtigſten Lehren des allgemeinen Theils nur aus ſehr fragmentariſchen und nicht ſelten ſehr partikulären Ausſprüchen unſerer gemeinrechtlichen Geſetze zuſammenzuſetzen und oft mühſam genug herauszuſpinnen. Mag man aber auch immer die Möglichkeit zugeben, daß aus den poſitiven Quellen ein vollſtändiger allgemeiner Theil von rein poſitiver Natur konſtruirt werden könne, ſo halten wir den Beweis, daß dieſe Möglichkeit auch zur Wirklichkeit geworden ſei, für ſehr ſchwer. Man denke nur an den Begriff des allgemeinen Thatbeſtands und ſehe nach, wie verſchieden ſich unſere beſten Kriminaliſten darüber äußern, wie verdächtig ihre Aeußerungen hinſichtlich ihres poſitiven Urſprungs ſind, wie viel mehr Theil an ihnen ein vorausgeſetztes Raiſonnement über die Natur der Sache, als das poſitive Recht hat [1]). Dies iſt aber nur ein Beiſpiel, dem noch eine Menge ähnlicher an die Seite geſetzt werden können. Wir nennen nur die Lehre vom Maßſtab der Strafbarkeit, von den Schärfungs- und Milderungsgründen, vom Rückfall, von der Konkurrenz. Andererſeits iſt zu behaupten, daß in Materien, zu deren Behandlung es in den Quellen an Stoff nicht fehlt, beſonders in der Imputationslehre, dieſer Stoff keineswegs mit dem geſchichtlichen Sinne ausgebeutet und verarbeitet ſei, wie

1) Anders verhält es ſich freilich mit Darſtellungen des Strafrechts nach den abgeſchloſſenen Geſetzbüchern der neuen Zeit.

es zu erwarten wäre, daß aber hieran die Nachwirkung der Feuerbachiſchen philoſophiſchen Unterſuchungen über den verbrecheriſchen Willen nicht den am wenigſten bedeutenden Antheil habe.

Es iſt jedoch noch weiter zu gehen. Man muß es allerdings ganz natürlich finden, daß der allgemeine poſitive Theil auch bei unſern poſitivſten Juriſten das philoſophiſche Element an allen Enden und Ecken durchblicken läßt. Denn das Gegentheil wäre ganz unmöglich, ſobald überhaupt von einer ſyſtematiſchen Anordnung und Darſtellung des Strafrechts als Wiſſenſchaft die Rede iſt. Unſere Quellen ſind bekanntlich keine wiſſenſchaftlichen Syſteme; ſie ſprechen ihre Grundanſichten, die ſie allerdings haben, nirgends geradezu und vollſtändig, ſondern überall nur nach Maßgabe des praktiſchen Bedarfs aus. Daher iſt es nicht nur ſchwer, aus jeder einzelnen oder jedem Komplex derſelben ihre Grundanſicht rein herauszuſtellen, ſondern es iſt geradezu unmöglich, aus ihnen allen zuſammen ein dogmatiſches Syſtem zu konſtruiren; es kann gar nicht anders ſein, als daß der, welcher letzteres unternimmt, den fragmentariſch vorliegenden, innerlich durch die tiefſten Unterſchiede getrennten Stoff unter eine von ihm ſelbſt gezeugte, den Quellen ſelber fremde Grundanſicht rubriciren muß. Aber auch wenn man rein geſchichtlich verfahren und den Quellen keinerlei Gewalt anthun will, ſo nöthigt doch ſchon ihre fragmentariſche Natur dazu, Lücken auszufüllen, aus dem Geiſte der einzelnen Quellen zu argumentiren, und ſchon dies iſt eine philoſophiſche Operation. Selbſt dieſe Operation iſt jedoch nicht möglich ohne Vorausſetzung einer eigenen Anſicht über die Probleme des Strafrechts in dem, welcher ſie unternimmt; denn wie wüßte er ſonſt auch nur, was er in den Quellen zu ſuchen habe? 1) Dann iſt aber nicht nur die dringendſte Gefahr vorhanden, daß dieſe eigene

---

1) Vergl. Feuerbach, Lehrb. §. 102. b. not. f.

Anſicht in die ſcheinbar rein hiſtoriſche Unterſuchung ſich einſchleiche, ſondern es iſt auch ganz unmöglich, daß dies nicht geſchehe, ſobald man nicht von derjenigen Weltanſicht ausgeht, welche Geſchichte und Philoſophie als Ausdruck derſelben Idee erkennt. Denn bei jeder andern Grundanſicht befindet ſich der Darſteller nothwendig mit ſeinen Gedanken im Gegenſatz zu den in der Geſchichte objektiv gewordenen, und es wird jedenfalls die ſyſtematiſche Ordnung, in welche er letztere bringt, ſeine Zuthat ſein müſſen; gewiß aber nicht dieſe allein, ſondern ſchon ſeine Auffaſſung des geſchichtlich Gewordenen wird mehr oder weniger den Stempel ſeiner Privatanſicht an ſich tragen; es wird von ihm gar nicht jene reine Hingabe an den Geiſt der Geſchichte erwartet werden dürfen, welche wir fordern. Darin liegt auch kein Vorwurf; im Gegentheil muß ja ein ſolcher die Kritik der Geſchichte, die ihm nicht innerhalb dieſer ſelbſt liegt, aus dem Seinigen hinzuthun, und je tüchtiger die Individualität iſt, um ſo mehr wird auch Alles ihre Farbe tragen müſſen. Iſt doch das Strafrecht voll von Problemen, die den menſchlichen Geiſt an ſeinen innerſten Lebensfaſern ergreifen und ihn, über ſie nachzudenken, zwingen würden, auch wenn ſich nicht an deren Löſung ſeit unvordenklichen Zeiten die poſitiven Geſetzgebungen abgearbeitet hätten. Sicherlich würden auch die vielen trefflichen Darſtellungen des poſitiven Rechts, wie wir ſie ſeit dem Wiedererwachen der geſchichtlichen Tendenz in der Rechtswiſſenſchaft erhalten haben, gleichmäßiger ausgefallen ſein, als es der Fall iſt, wenn es ſich nicht ſo verhielte, wie hier behauptet worden iſt.

Mag es nun immerhin parador klingen, wenn wir ſogar noch mehr Geſchichtlichkeit verlangen, als wir ſelbſt bei denen finden, welche die Geſchichte zu ihrem Schiboleth machen, ſo findet es doch in dem oben Geſagten ſeine hinlängliche Erklärung. Eben hiernach vermögen wir uns aber auch freilich eine das Weſen unſeres poſitiven Strafrechts, nicht bloß ſeine

Erſcheinung, zum Bewußtſein bringende Darſtellung deſſelben nicht anders, als auf philoſophiſcher Grundlage zu denken. Wenn wir aber hiemit von der jetzt allgemein angenommenen Regel abweichen, ſo wird man doch nach dem Bisherigen zugeben, daß dies kein Rückfall in Feuerbachs Anſichten iſt, vielmehr die hier geforderte Verbindung von Philoſophie und Geſchichte einen weſentlich anderen Sinn hat.

Weder eine Polemik gegen andere Anſichten vom Strafrechte hat man alſo hier zu erwarten, noch eine gegen das geſchichtlich Gewordene übermüthige Kritik. Vielmehr wird die Darſtellung ſich begründend verhalten, und kritiſch eben nur ſoweit, als es die begründende Thätigkeit ſelbſt mit ſich bringt. Was indeſſen das poſitive Recht betrifft, ſo iſt hier vorläufig keine zuſammenhängende Darſtellung deſſelben beabſichtigt, ſondern dieſe behalten wir uns für jetzt noch vor. Dabei leitet uns folgender Grund.

So ſehr wir es für möglich, ja für nothwendig halten, Philoſophie und Geſchichte auf's innigſte mit einander zu verbinden, ſo glauben wir es doch jetzt noch nicht an der Zeit, eine ſolche Darſtellung zu liefern, welche erſt die Frucht der Reviſion ſein muß, welche wir gegenwärtig unternehmen. Die Reviſion des Begriffs muß der begriffsgemäßen Darſtellung ſeiner geſchichtlichen Realität vorangehen. Um unſer Reſultat annehmlich zu machen, wollen wir daher vorerſt ſeine Geneſis aufzeigen. Wir wollen dies namentlich auch deshalb, damit man nicht ſchon durch die Form der Darſtellung verführt, uns von vorn herein den trivial gewordenen Vorwurf der willkührlichen Konſtruktion der Geſchichte entgegenſetze.

In dieſem Sinne benützen wir denn den Vorgang von Grolman und geben hier vorerſt einen philoſophiſchen allgemeinen Theil, dem wir den poſitiven erſt nachfolgen laſſen wollen, freilich aber als einen nur äußerlich getrennten, innerlich dagegen innigſt mit jenem verbundenen.

Einleitung.

§. 1.

Das Recht iſt die Sittlichkeit in der Form des objektiven Daſeins. Wie alle Formen der Sittlichkeit, ſo beſteht auch das Recht in der Identität des allgemeinen Willens mit dem beſondern Willen. Seine Eigenthümlichkeit aber, andern ſittlichen Mächten gegenüber, liegt eben darin, daß es das objektive Daſein, das äuſſere Leben der Gattung, ihre Exiſtenz in der Natur, ihre Subſiſtenz aus derſelben, und ihre ſociale Koexiſtenz zu ſeiner Sphäre hat. Alles, was am Begriffe des Rechts Theil nimmt, fällt daher nothwendig in den Bereich der objektiven Exiſtenz, ſowie umgekehrt alle ſittlichen Elemente, ſobald ſie den Boden des äuſſeren Daſeins betreten, unter den Typus des Rechts fallen.

Anmerkung. — Das Recht aus dem Willen deducirt zu haben, iſt Kants unvergängliches Verdienſt. Allein die Art und Weiſe ſeiner Deduktion konnte nicht befriedigen, und ihre Einſeitigkeit iſt in Fichtes entſchiedener Durchführung ſo ſchneidend zu Tage gekommen, daß dem ſubjektiven Idealismus nothwendig der objektive entgegengeſetzt werden mußte. Wenn nun aber letzterer, um der Eitelkeit und Willkühr des Ich möglichſt den Paß zu verlegen, alles Gewicht auf die Subſtanz

des Willens legt und dieſer den Einzelwillen ſchlechthin als bloße Accidenz unterordnet, ſo geräth er offenbar auf das andere, ebenſo einſeitige Extrem. Der Grundfehler des Kant=Fichtiſchen Standpunkts lag darin, daß das Allgemeine in der Form des Ichs geſetzt, das Ich ſelbſt ſchon zur Subſtanz gemacht wurde. Dadurch machte man das Ende der Ethik zu ihrem Anfang und erhielt, da aller konkrete, nur durch den Vermittlungsproceß des Einzelwillens mit dem allgemeinen zu gewinnende Inhalt fehlen mußte, ein ganz formaliſtiſches Princip. Man brachte ferner den fatalſten Dualismus in das ethiſche Gebiet, ſofern man doch auch die einmal exiſtirende endliche Beſchränktheit des Ichs nicht ignoriren, ſondern irgendwie anerkennen mußte. Bekanntlich mußte der Rechtsbegriff dieſe unangenehme Partie übernehmen, und die Rechtsphiloſophie trat dadurch in die traurige ſtiefſchweſterliche Stellung zur Moral, welche ſie auf jenem Standpunkte charakteriſirt. Während nämlich innerhalb der letztern das Ich, freilich in hohler, pathetiſcher Abſtraktion, ſeine Abſolutheit und unendliche Freiheit vollauf zu genießen bekam, ſo war umgekehrt die Rechtsſphäre der Schauplatz, wo daſſelbe unbeſchränkte Ich ſich dazu bequemen mußte, ſeine abſolute Freiheit nur allzufühlbar beſchränkt zu ſehen. Ein geringer Troſt lag dafür in dem Fichtiſchen Machtſpruch, daß das Ich, um Recht und Staat zu produciren, ſich nur ſelbſt beſchränke, daß es das Joch ſich freiwillig auflege ꝛc. Das nicht abzuwendende Reſultat blieb immer, daß der Staat als ein nothwendiges Uebel erſchien, das denn freilich auch wieder einiges Gute hatte, aber ein Gutes, das nach dem Grundprincip ſtets zu theuer erkauft ſcheinen mußte. War aber dem Ich wenig gedient, das nach jener Anſicht in Wahrheit keiner volonté générale, ſondern viel=

mehr der volonté de tous unterworfen wurde, ſo kam der Staat noch viel ſchlimmer weg, ſofern die Subſtantialität des Rechts, deſſen Träger er ſein ſollte, geradezu verneint und dieſes vielmehr als ein in ſich zufälliges Produkt der Einzelwillen geſetzt wurde. Dieſes Verhältniß ſtellte ſich denn auch alsbald deutlich heraus. Während die erſten Gründer des Syſtems noch zu tiefſinnig vom Staate dachten, um ihn ſo ganz herabzuwürdigen, wie es allerdings in ihrer Konſequenz lag, während vielmehr bei ihnen im Gegentheil das Ich der unbequemſten Staatstyrannei unterworfen wurde, ſo trat mit der Zeit, wie ſich allmälig das philoſophiſche Syſtem in das liberale Tagesbewußtſein verlor, gerade der umgekehrte Geſichtspunkt, nämlich die Tendenz hervor, das Ich zu kajoliren und Recht und Staat auf möglichſt kleinſte Rationen zu ſetzen. — Gegenüber dieſen Anſichten hatte nun ohne Zweifel der objektive Idealismus vollkommen Recht, wenn er die Subſtantialität des allgemeinen Willens behauptete, wenn er von einem objektiven Geiſt ſprach, der ſein eigenes Leben lebe und das endliche Ich nur als ſein Organ und Mittel ſetze und gebrauche, keineswegs aber ein Fabrikat deſſelben ſei. Nur dieſe Subſtantiellſetzung des allgemeinen Willens, der praktiſchen Vernunft der Gattung, macht es überhaupt möglich, die ſittliche Welt, die moraliſche wie die rechtliche, als einen Organismus zu konſtruiren. Denn nur auf dieſe Weiſe wird der Uebermuth des Ichs, das ſich ſelbſt als das Abſolute nimmt, gebrochen, eben damit aber ſowohl der hohle Formalismus jener früheren Ethik, als der Dualismus, worein Moral und Recht auseinanderfielen, aufgehoben. Nur auf dieſe Weiſe wird die Einſicht begründet, daß die ſittliche Welt kein bloßes Aggregat koexiſtirender Einzelwillen iſt, daß vielmehr Mächte in ihr

herrſchen, die ihre Berechtigung nicht erſt durch das Ich erhalten, die im Gegentheil einen über alle endliche Willkühr erhabenen Zuſammenhang, eine ſittliche Weltordnung ſetzen, die das Ich wie eine zweite geiſtige Natur umgibt. Gleichwohl iſt nun aber auch der objektive Idealismus auf ein nicht minder verwerfliches Extrem hinausgegangen, indem er faſt den Spinozismus repriſtinirt und jener allgemeinen Subſtanz des Willens gegenüber den Einzelwillen zur bloßen Accidenz herabgeſetzt hat. Darin liegt es, daß man der Rechtsphiloſophie von Hegel den gegründeten Vorwurf macht, daß ſie, die ganz aus dem Metall der Freiheit gebaut ſein ſoll, vielmehr geradezu die Freiheit vernichte, ſowie den damit genau zuſammenhängenden, daß ihre Willensſubſtanz es keineswegs dazu bringe, in Wahrheit objektiver Geiſt zu werden, daß ſie vielmehr Subſtanz, objektive Macht, ihr Staat eine edle Tyrannei bleibe. Daher rührt es ferner, wenn Hegel die Moral ihres reichſten, bedeutendſten Inhalts entkleidet, ihr ein möglichſt dürftiges Gebiet anweist und auch dieſes noch dem Staat, als dem großen Leviathan, unterwirft [1]. — Es iſt deshalb ſehr an der Zeit, von dieſem Extreme wieder zurückzukommen und den, von ſeiner Einſeitigkeit entkleideten, unvergänglichen Gehalt des ſubjektiven Idealismus wieder in ſein Recht einzuſetzen. Darin liegt aber hauptſächlich dies, daß einerſeits das freie Ich als das freie Organ der Aktualiſirung des ſubſtantiellen Willens begriffen, andererſeits eben darum dieſer ſubſtantielle Wille nicht mehr allein in der Form des objektiven Daſeins anerkannt, d. h. der Staatsabſolutismus gebrochen und die Moral neben dem Recht wieder zu ſelbſtſtändiger Dignität erhoben werden muß. Welche

---

1) Wirth, Syſtem der ſpekulativen Ethik. Vorrede zum I. Band.

Sphäre dann dem Rechte als eigenthümliche zufalle, gibt der Paragraph an.

Darin liegt dann von ſelbſt, daß unter Recht hier viel mehr begriffen wird, als bei den meiſten unſerer Kriminaliſten, wenn dieſe einen Unterſchied zwiſchen Rechtsverbrechen und Polizeiverbrechen machen [1]). Auf dem Standpunkte des ſubjektiven Idealismus, der bis in die neuere Zeit im gemeinen Bewußtſein der herrſchende war, mußte die Rechtsidee, als Produkt der gegenſeitigen Selbſtbeſchränkung der freien Einzelwillen, nothwendig in ein Aggregat von ſubjektiven Berechtigungen auseinanderfallen, und von einem Rechte konnte man nicht reden, ohne ein Subjekt als deſſen Subſtrat zu denken, daher denn auch Staat, Kirche und Anderes, dem man die Qualität des Berechtigtſeins nicht abſprechen konnte, zu moraliſchen Perſonen erhoben wurden. Gleichwohl blieb, auch neben dieſer Fiktion, im poſitiven Strafrecht noch manches Verbrechen übrig, deſſen Objekt ſich durchaus nicht unter jenen Rechtsbegriff klaſſificiren ließ. Nun kam es darauf an, auch für dieſe einen Geſichtspunkt aufzufinden, und als ſolcher bot ſich die Aushilfe dar, ſie unter den vagen Begriff der Polizei zu ſtellen. Am reinſten feſtgehalten findet ſich dieſer Unterſchied bei Wächter, der ſich am ſtrengſten an den geſchichtlichen Unterſchied von Gerichts- und Polizeiordnungen hält, und unter Polizeiverbrechen diejenigen verſteht, welche den Hauptgegenſtand der auf Erhaltung der Religioſität, Sitte

1) Von dieſen Anſichten der Kriminaliſten ſind auch die neueren Geſetzgebungen inficirt, ſofern ſie theils das Gebiet der kriminellen Handlungen von dem der Polizeiſtrafgerechtigkeit nicht richtig abzuſcheiden wiſſen, theils innerhalb des erſteren zwiſchen Verbrechen und Vergehen (resp. ſchweren Polizeiübertretungen) willkührliche Unterſchiede machen.

und Sittlichkeit gerichteten Reichspolizeiordnungen ausmachten [1]). Weſentlich daſſelbe iſt es, wenn Luden neuerdings zwiſchen Rechtsverbrechen und Geſetzesverbrechen unterſchieden haben will [2]). Und unter dieſer oder jener Modifikation kehrt derſelbe Gedanke faſt in allen Lehrbüchern wieder, nur daß neuerdings wenigſtens die zwei ganz verſchiedenen Begriffe von Polizeiverbrechen, wie ſie ſich bei Feuerbach in Eins zuſammengeworfen finden, mit Recht auseinander gehalten werden [3]). Indeſſen finden ſich doch auch ſolche, welche an dem gedachten Unterſchiede Anſtoß nehmen und denſelben unnatürlich finden. So Birnbaum in einer, freilich mit einer wunderlichen Polemik gegen Feuerbach eingeleiteten, Abhandlung über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens [4]). Es ſcheint zwar zunächſt eine ſonderbare Ausflucht, wenn er überhaupt nicht von Rechtsverletzungen beim Verbrechen geſprochen haben will, ſondern von Verletzungen der Güter, auf deren Allen gleichmäßig zu garantirenden Genuß im Staate ſich die Rechtsſphäre eines Jeden beziehe, und die dem Menſchen theils von der Natur gegeben, theils Ergebniß ſeiner geſellſchaftlichen Entwicklung ſeien. Allein am Ende will er denn doch den Ausdruck: Rechtsverletzung oder rechtswidrige Handlung im weitern Sinne nicht abweiſen; ja ſeine ganze Entwicklung geht eben nur aus dem Bedürfniß hervor, den engen Begriff der Rechtsverbrechen zu durchbrechen und dem, was die Andern Polizei- oder Geſetzesverbrechen oder ſonſt wie benennen,

1) Lehrbuch § 231.

2) Handbuch §. 24.

3) Wächter, Lehrbuch §. 62. 107. Luden, Handbuch §. 24. 25.

4) Archiv des Kriminalrechts. Neue Folge. 1834. H. 2. Nr. 1. Vergl. 1837. S. 493 ff.

die gleiche Natur, wie den ſogenannten Rechtsverbrechen zu vindiciren. Eine ähnliche Tendenz ſpricht ſich bei Heffter aus, ſowie man auch, freilich ſtark verſetzt mit myſtiſchem Nebel, Jarcke und Roßhirt hierher rechnen kann. Ohne Zweifel liegt den Aeußerungen von Birnbaum ein ſehr richtiges Bedürfniß zu Grunde, Alles, was peinliches Verbrechen, nicht bloße Polizeiübertretung iſt, als Ding von einerlei Weſen zu begreifen. Die Grundlage hiefür giebt der obige Begriff der Rechtsſphäre überhaupt.

§. 2.

Das Unrecht iſt das Gegentheil des Rechts. Da nun letzteres in der Identität des beſondern Willens mit dem allgemeinen in der Sphäre des äußeren Daſeins beſteht, ſo muß das Unrecht in der Aufhebung dieſer Identität, mithin darin beſtehen, daß der beſondere Wille in der Sphäre des äußeren Daſeins nicht identiſch mit dem allgemeinen iſt. Dies iſt jedoch nur erſt der abſtrakte Begriff oder die Möglichkeit des Unrechts.

§. 3.

Das Unrecht verwirklicht ſich nun aber in folgendem Stufengange.

1) Der an ſich noch mit dem allgemeinen identiſche beſondere Wille iſt ihm ebenſo unmittelbar entgegengeſetzt. In ſeiner Unbefangenheit iſt er die Möglichkeit zu beidem, dem Rechte gemäß zu ſeyn, oder daſſelbe zu verletzen. Das Unrecht iſt hier ein bloß mögliches.

2) Der beſondre Wille hebt ſeine Einheit mit dem allgemeinen wirklich auf; aber ſeine Differenz von dieſem iſt noch nicht für ihn, vielmehr glaubt er ſich noch in der Einheit mit ihm und fordert dieſe. Hier iſt das Unrecht bereits ein wirkliches, aber ein noch unbefangenes.

3) Die Differenz des beſondern Willens von dem allge-

meinen iſt für den beſondern Willen, d. h. er weiß ſich im Gegenſatz gegen jenen und fordert dieſen Gegenſatz. Hier iſt das Unrecht vollſtändig wirkliches Unrecht, Verbrechen.

Anm. — Die Abweichung von Hegel, der das unbefangene Unrecht als das bloß mögliche nimmt und von dieſem durch das Mittelglied des Betrugs zum Verbrechen fortſchreitet, wird kaum einer ausdrücklichen Rechtfertigung bedürfen, da wenigſtens die Unrichtigkeit dieſes Mittelglieds für ſich klar ſeyn dürfte. Aber auch die Verwechslung des Civilunrechts mit dem bloß möglichen Unrechte iſt ein Mangel, der ſich dadurch rächt, daß nun Hegel dem Polizeivergehen beim Unrechte keine Stelle anzuweiſen weiß, ſondern daſſelbe erſt an einem ſpätern Orte noch nachträglich hereinſchieben muß. Gleichwohl hat er das Verdienſt, den die Juriſten in Verzweiflung ſetzenden [1]) Unterſchied zwiſchen Polizeivergehen und wirklichem Verbrechen ſo einfach, als ſchlagend angegeben zu haben. Jenes iſt nichts Andres, als das bloß mögliche Unrecht unter 1), welches die Polizeigewalt eben deshalb verbietet, weil es, ohne wirkliches Unrecht zu ſeyn, doch deſſen erfahrungsgemäß reale Möglichkeit iſt. Nach einer Seite hin findet ſich zwar dieſer Begriff auch ſchon bei Feuerbach u. A. [2]), ſofern er die Polizeivergehen als

1) Hepp Kommentar zum Württemb. Strafgeſetzbuch. I S. 23.

2) Lehrbuch. §. 22. Tittmann IV. §. 603. v. Globig u. Huſter Zugaben ꝛc. 2te Zugabe. S. 45. Kleinſchrod Syſtem. Entw. I. S. 5. Cucumus im N. Arch. VII. S. 123—126. Stübel ebend. VIII. S. 247 ff. Cucumus ebend. X. S. 53—60. Eigenthümliche, in's Gebiet der Moral überſchweifende, aber relativ ſehr zu beherzigende Anſichten bei Roßhirt N. Arch. XII. S. 290—317. vgl. beſonders v. Mohl N. Arch. 1840 Beil. Heft. S. 12 ff. Eine ganz andre Frage iſt die, ob zwiſchen Verbrechen und Vergehen (oder — nach öſtreich. Rechte — ſchweren Polizeiübertretungen unterſchieden werden ſoll? ſ. Mittermaier n. 3. u. 4. zu Feuerbach a. a. O.

„an ſich nicht rechtswidrige Handlungen, die aber wegen mittelbarer Entgegenwirkung gegen ſeine Zwecke der Staat verboten und mit Strafe bedroht habe," definirt. Allein bei dieſer Definition fehlt eben gerade die Hauptſache, nämlich die Angabe des Grundes, warum der Staat ſolche Handlungen als mittelbar ſeinen Zwecken entgegenwirkend zu verbieten und zu beſtrafen hat, und folgeweiſe auch der Grenze, welche die Polizeiſtrafgerechtigkeit einhalten muß. In der Note iſt zwar mit Recht vor dem Mißbrauche derſelben gewarnt, damit nicht alle menſchliche Freiheit in Feſſeln geſchlagen und aus dem Bürger eine lebende chineſiſche Puppe gemacht werde. Aber dieſe Warnung konnte mittelſt einer ſchärferen Faſſung des Begriffs erſpart werden. Indeſſen muß man freilich noch mehr erſtaunen, wenn man entdeckt, welche Handlungen nun Feuerbach im beſondern Theile unter die Rubrik der auf die gedachte Weiſe beſtimmten Polizeivergehen bringt, und hier auch unter Anderm den Inceſt und die Sodomie unter den an ſich nicht rechtswidrigen Handlungen antrifft. Noch weniger kann man ſich übrigens befriedigt finden, wenn man neuerdings bei Luden[1]) vollends die ganz formelle (wenn gleich von ihm für material ausgegebene) Beſtimmung der Polizeiverbrechen als ſolcher antrifft, durch welche einem ſeinem Inhalte nach polizeilichen Verbote zuwider gehandelt werde. Denn, ganz abgeſehen von der Verkehrung der natürlichen Ordnung, die überhaupt darin liegt, wenn der Begriff des Verbrechens von dem des Verbots abhängig gemacht wird, iſt mit jener Bezeichnung nur eine Tautologie gegeben. Wenn aber nachher beigefügt wird, die polizeiliche Ordnung beſtehe in der allgemeinen Zucht und

1) Handbuch §. 26.

Ordnung, deren Beobachtung das ſichere, anſtändige und gedeihliche Beieinanderleben der Menſchen erfordere, deren Nichtbeobachtung eine Gefährdung und Störung deſſelben zu begründen ſcheine, — ſo muß nicht nur die Aengſtlichkeit, ſondern insbeſondere auch die Vagheit dieſer Definition auffallen, welcher gemäß die Polizeigewalt ohne alles Bedenken gerade denjenigen Zuſtand herbeiführen könnte, vor welchem Feuerbach in der eben angef. Note warnt [1]).

Was ſodann den Unterſchied des peinlichen vom Civilunrecht betrifft, ſo wird dieſer allerdings in der Regel viel richtiger aufgefaßt, als der zuvor beſprochene [2]). Gleichwohl findet man auch hier, was man ſo häufig findet, daß von der Folge geſprochen wird, wo von dem Grunde die Rede ſeyn ſollte. So begegnet man bei dieſem Punkte ſo häufig der Phraſe, das Civilunrecht ſei dasjenige, zu deſſen Gutmachung der Entſchädigungszwang ausreiche, während das peinliche Unrecht außerdem noch den Strafzwang gegen ſich hervorrufe. So richtig nun dieß iſt, ſo wenig iſt doch dadurch die Natur des Civilunrechts in ſeinem Unterſchiede vom peinlichen bezeichnet. Dagegen liegt dies in der obigen Beſtimmung. Das Civilunrecht hat ſein Weſen darin, daß die zwiſchen dem beſondern und dem allgemeinen Willen bereits wirklich eingetretene Differenz noch nicht für den beſonderen Willen

1) Ganz verworfen wird die Polizeiſtraf-Gerechtigkeit von Henke Handbuch I. §. 34 u. von Lotz N. Arch. III. S. 558 ff. IV. S. 485 ff. vgl. Stübel a. a. O.

2) Luden Handbuch I. S. 18 Anm. 1. Wenn derſelbe aber S. 198 Anm. 1 den Unterſchied auf den Unterſchied zwiſchen objektivem und ſubjektivem Recht reducirt, ſo ſcheinen hiebei keine klaren Vorſtellungen obzuwalten. Vgl. indeſſen auch die Vorrede zur Ueberſetzung von Romagnoſi S. 58 ff.

iſt, dieſer vielmehr noch in dem guten Glauben beharrt, daß er ſich in der Identität mit dem allgemeinen Willen befinde, was er denn eben auch von dem Richter im Civilproceſſe anerkannt haben will. Sein Unrecht iſt eben deshalb zwar wirkliches, darum auch den Entſchädigungszwang hervorrufendes, aber es iſt noch unbefangenes Unrecht, das eben deshalb den Strafzwang ausſchließt. Es giebt beſonders Ein Verbrechen, wo man ſich in die Lage verſetzt ſieht, auf dieſen ſtrengfeſtzuhaltenden Unterſchied zurückzukommen, wenn man ſich nicht in lauter Willkühr verlieren will, — und dies iſt der Betrug [1]).

§. 4.

In allen ſeinen Formen iſt jedoch das Unrecht das in ſich ſelbſt Nichtige, weil es der Begriff des Rechts iſt, das in der Sphäre des objektiven Daſeins allein Gültige, das unbedingte, ſchlechthin nothwendige Weſen aller in die äußere Exiſtenz fallenden praktiſchen Verhältniſſe zu ſeyn, gegen dieſen Begriff aber der des Unrechts ein bloßer Schein, mithin ein ſich ſelbſt Aufhebendes und ſein Gegentheil Forderndes iſt. Wenn ſchon es eine poſitive Exiſtenz iſt, ſo kommt ihm doch kein wahrhaftes Seyn zu, ſondern es exiſtirt eben als ein Nichtſeiendes, dem wahren Seyn in ſeiner Sphäre Widerſprechendes und darum durch und durch Wiederaufzuhebendes.

§. 5.

Dieſe Forderung geſtaltet ſich aber in verſchiedener Weiſe, je nach den verſchiedenen Stufen des Unrechts.

1) Das erſt bloß mögliche Unrecht kann, eben weil es noch nicht zu poſitiver Exiſtenz gediehen iſt, nicht Gegenſtand einer Wiederaufhebung ſeyn, ſondern nur die Thätigkeit der Vorbeugung und des Schutzes gegen ſich hervorrufen.

2) Dagegen iſt nun das unbefangene Unrecht ein bereits

---

1) Literatur bei Mittermaier Note zu Feuerbach §. 21.

in die Wirklichkeit hervorgetretenes, in poſitiver Beſtimmtheit exiſtirendes, und darum wiederaufzuhebendes. Allein da dieſes Unrecht ſeine Exiſtenz nicht für den beſondern Willen, ſondern eben nur in der Sphäre des äuſſerlichen Daſeins hat, ſo genügt ſeine Wiederaufhebung in dieſer Sphäre, welche ſich als Vergütung des geſtifteten Schadens vollzieht.

3) Auch das peinliche Unrecht ſtiftet jederzeit einen äuſſerlichen Schaden, der erſetzt werden muß, ſofern er überhaupt erſetzbar iſt. Allein hier genügt es nicht an dieſer äuſſerlichen Entſchädigung. Da vielmehr dieſes Unrecht ſeine Exiſtenz weſentlich für den beſondern Willen, hiemit noch außer und über der Sphäre des äuſſerlichen Daſeins hat, ſo fordert es ſeine Wiederaufhebung auch in dieſer weiteren Sphäre.

§. 6.

Dies hat näher noch folgenden Sinn. Das peinliche Unrecht iſt die Verletzung des Rechts als Rechts, die direkte Entgegenſetzung des beſondern Willens gegen die Forderung ſeiner Identität mit dem allgemeinen. Das Objekt des Angriffs iſt nun zwar das ſittliche Weſen in der äuſſeren Erſcheinung, aber die Verletzung als ſolche kann nicht das Weſen, ſondern nur die Erſcheinung treffen. Denn alles Recht iſt Daſein von Willen, mithin von Freiheit. Das Freie iſt aber das ſchlechthin Unzwingbare. Mithin zerſtört der in der Verletzung des Rechts als Rechts liegende Zwang ſich ſelbſt in ſeinem Begriffe, iſt ein Widerſpruch in ſich ſelbſt, der ſofort ſeine Wiederaufhebung fordert. Dieſe kann dann aber nur darin beſtehen, daß der Zwang durch Zwang vernichtet, der verletzende Wille ſelbſt einer Verletzung unterworfen wird.

Anm. — 1) Die abſolute Nothwendigkeit der Strafe kann überall nicht anders wahrhaft begründet werden, als wenn die Nichtigkeit des Unrechts in ſich aufgezeigt wird. Dies iſt nun aber gerade das, was bei der ſoge-

nannten abſoluten Theorie von Kant und denen, welche ihm gefolgt ſind, fehlt und weswegen dieſe Theorieen ſo wenig befriedigen können. Weil ſie dieſen Begriff nicht fanden, ſo ſahen ſie ſich genöthigt, über die dem Strafrecht allein zukommende Sphäre hinauszugehen und entweder in die der Moral, oder in die des Privatrechts abzuſchweifen. Beides iſt mit Recht angegriffen worden, aber es wäre ein großer Irrthum, wenn man damit die auf ihr wahres Fundament gegründete abſolute Nothwendigkeit der Strafe beſeitigt zu haben glaubte. Dieſes wahre Fundament gelegt zu haben, iſt Hegels unbeſtreitbares Verdienſt, was bleiben wird, wenn man ſich auch genöthigt ſehen ſollte, von ſeinen weiteren Konſtruktionen mannigfach abzuweichen. Um aber dieſes Fundament beurtheilen zu können, muß man begreiflicher Weiſe darüber hinaus ſeyn, Begriffe, wie Seyn und Daſeyn, zu verwechſeln oder etwa einen logiſchen Proceß eben ſeiner logiſchen Qualität wegen für einen der Wirklichkeit entgegengeſetzten zu halten. Beiläufig ſei hier bemerkt, daß Luden[1]) neuerdings das Fundament von Hegels Lehre als richtig anerkannt hat.

2) Aus der Abſtufung des Unrechts ergiebt ſich von ſelbſt, daß auch der Proceß der Darſtellung ſeiner inneren Nichtigkeit verſchiedene Stufen durchlaufen muß, die dann auch im Staate verſchiedenen Mächten als Thätigkeitsſphären zugetheilt ſind. Der erſten Stufe entſpricht die Polizei in der ſpecifiſchen Form der Rechtspolizei, zu der — abweichend von Wirth[2]) — auch die ſogenannte freiwillige Rechtspflege gerechnet werden muß. Der zweiten entſpricht die ſtreitige Civilrechtspflege. Der dritten die Strafrechtspflege.

1) Handbuch. I. S. 41.

2) Syſtem der ſpekulativen Ethik. II. S. 272, 273 freilich hat Wirth die gewichtige Autorität von Mohl für ſich.

3) Luden (ſ. Anm. 1.) bringt gegen Hegel vor: wenn gleich zugegeben werden könne, daß das Unrecht in ſich ſelbſt nichtig ſei und kein Recht habe, zu beſtehen, ſo würde es doch zur Manifeſtation dieſes Unrechts nicht der Strafe bedürfen, indem ſchon die Nichtigkeitserklärung und die etwaige Entſchädigung, welche der Verbrecher zu leiſten hätte, vollkommen dazu ausreichen würden. — Dieſer Einwurf iſt jedoch ein ganz verfehlter. Daß einmal die vom Verbrecher etwa zu leiſtende Entſchädigung nicht ausreiche, geht aus dem weſentlichen Unterſchiede zwiſchen bürgerlichem und peinlichem Unrechte klar hervor. Wenn die Entſchädigung zur Wiederaufhebung des erſteren genügt, ſo kann ſie eben deshalb zur Wiederaufhebung des Plus, was im peinlichen Unrechte liegt, nicht genügen. Dieſes Plus iſt aber überdies nicht bloß ein quantitatives, ſondern auch ein qualitatives Mehr. Eher hat es noch Schein, wenn geſagt wird, daß eine Nichtigkeitserklärung (von Seiten des Staats) ausreichen könnte. Allein auch hier hätte Luden nur den Begriff der Nichtigkeitserklärung klar denken dürfen, um ſogleich einzuſehen, daß mit ſeinem Einwurfe in der That gar nichts geſagt iſt. Ohne Zweifel hat er Nichtigkeitserklärung hier in dem Sinne genommen, wie ſie uns häufig im Privatrechte begegnet, wenn z. B. von der Nichtigkeit eines Teſtaments, dem gewiſſe Erforderniſſe fehlen, von der Nichtigkeit einer Ehe u. ſ. f. geſprochen wird. Daß eine ſolche Nichtigkeitserklärung von der Strafe eines Verbrechens wohl zu unterſcheiden ſei, hat ſchon Feuerbach[1]) ſehr richtig aufgezeigt, auch verſteht es ſich ſchon dem gemeinen Bewußtſein von ſelbſt. Eine ſolche Nichtigkeitserklärung hat nun den Sinn, daß eine an ſich rechtmäßige und

---

1) Reviſion. I. S. 71—73.

erlaubte Handlung gleichwohl gewiſſe beſondere rechtliche Wirkungen, die damit beabſichtigt ſind, nicht haben ſolle, weil es ihr an den Erforderniſſen fehlt, durch deren Vorhandenſeyn der Eintritt dieſer Wirkungen bedingt iſt. Wenn nun eine ſolche formwidrige Handlung unternommen und Anſpruch auf die damit beabſichtigten rechtlichen Wirkungen gemacht wird, ſo genügt es allerdings, falls nicht etwa in Verbindung mit der Handlung bereits ein Civilunrecht oder ein Verbrechen exiſtent geworden iſt, an der einfachen Nichtigkeitserklärung, mit welcher ſofort die Forderung des Rechts vollſtändig befriedigt iſt. Aber man denke nur eben an den Fall, daß eine ſolche nichtige Handlung zugleich ein Civilunrecht oder ein Verbrechen involvirt, daß z. B. der in einem nichtigen Teſtament Eingeſetzte bereits über die Erbſchaft verfügt hat, oder daß eine Ehe wegen Bigamie nichtig iſt, ſo iſt klar, daß hier nun im Gegentheil die einfache Nichtigkeitserklärung nicht genügt, ſondern im erſten Falle noch eine Entſchädigung, im zweiten noch eine Strafe hinzukommen muß. Eben deshalb aber, weil der Unterſchied dieſer Art von Nichtigkeitserklärung und derjenigen, aus welcher Hegel die Strafe ableitet, ſo ganz auf der Hand liegt, ſo hätte es auch Luden nicht einfallen ſollen, ihn einer ſolchen Verwechslung zu beſchuldigen. Daß nämlich eine ſolche Beſchuldigung indirekt in Ludens Worten liegt, geht daraus hervor, daß er, ohne den Ausdruck Nichtigkeitserklärung in dem angef. Sinne zu nehmen, das von ihm Geſagte gar nicht als Einwurf hätte vorbringen können. Offenbar verſteht nämlich Hegel, und verſtehen wir mit ihm unter jenem Ausdruck ganz etwas Anderes. Denn zuvörderſt handelt es ſich ja hier nicht von einer an ſich rechtmäßigen Handlung, wobei eine beſondre rechtliche Qualität in Anſpruch genommen wird,

ſondern von einer unrechtlichen, deren Weſen es gerade iſt, das Recht als Recht zu verletzen. Es handelt ſich nicht von der Subſumtion eines beſtimmten Akts unter das Recht als Oberſatz, ſondern im Gegentheil von einer Negation dieſes Oberſatzes. Eben deswegen kann aber, wenn von Nichtigkeit im einen und andern Falle die Rede iſt, dieſer Ausdruck nicht beide Male denſelben Sinn haben. Vielmehr iſt der Sinn im erſten Falle der: es könne die Subſumtion des beſtimmten Akts unter das Recht in der intendirten Weiſe nicht ſtattfinden, es ſei die Handlung als eine juriſtiſch nicht vorhandene anzuſehen. Dabei iſt weder von einer Rechtsverletzung, noch von einer Wiederaufhebung derſelben und Wiederherſtellung des Rechts im Geringſten die Rede; es wird nur von der Sphäre der Rechtsanwendung ein Fall, als dahin gar nicht gehörig, ausgeſchloſſen. Ganz anders im zweiten Falle. Während dort eine Rechtsverletzung erſt dann gegeben wäre, wenn die Nichtigkeit des beſtimmten Akts nicht erklärt würde, ſo liegt hier bereits ein poſitiver rechtsverletzender Akt vor. Dieſer Akt will ſich keineswegs als rechtlicher geltend machen, nimmt keine rechtlichen Wirkungen für ſich in Anſpruch, in welcher Beziehung er als nichtig erklärt werden müßte. Im Gegentheil enthält derſelbe die Negation des Rechts als des in der Sphäre des äuſſeren Daſeins allein Gültigen. Wie könnte alſo hier nur von einer Nichtigkeitserklärung in jenem erſteren Sinne die Rede ſeyn? Hat es aber damit ſeine Richtigkeit, ſo wird ſich ergeben, daß der Tadel gegen Hegel gerade zu ſeiner Rechtfertigung umſchlägt. Nichtigkeitserklärung eines peinlichen Unrechts kann nichts Anderes ſeyn, als eben das, was man unter Strafe verſteht. Die etwa bloß in Worten gegebene Erklärung, daß eine Handlung der Art nicht zu Recht

beſtehe, wäre eben nur Nichtigkeitserklärung ihrer ſelbſt. Damit dem Verbrechen ſeine Nichtigkeit erklärt, klar aufgewieſen werde, braucht es eines thatſächlichen Proceſſes, in welchem dieſe Nichtigkeit manifeſtirt wird. Denn ohne dieſen thatſächlichen Proceß würde ja troz aller Proteſtationen dagegen das Unrecht fortbeſtehen, ſich als geltend behaupten. Dieſer thatſächliche Proceß liegt aber in dem Begriff der Inſich-Nichtigen ſchon eingehüllt, ſofern das Inſich-Nichtige das ſich ſelbſt durch ſich ſelbſt Vernichtende iſt. Wenn nämlich das peinliche Unrecht eine Rechtsverletzung, ſomit ein Zwang gegen den Willen iſt, ſo muß die Negation dieſer Negation nothwendig ſelbſt ein Zwang ſeyn, wodurch der erſte Zwang aufgehoben wird. Eben dieſer zweite Zwang, welcher in demſelben Medium thatſächlich vor ſich gehen muß, in welchem auch der erſte vor ſich gegangen iſt, welcher mithin gleichfalls die Form einer Willensverletzung haben muß, iſt das, was ſich ſpäter zu dem konkreteren Begriff der Strafe fortbeſtimmen wird. Derſelbe iſt es aber allein, was als Nichtigkeitserklärung gegenüber dem peinlichen Unrecht prädicirt werden kann. — Oder hätte etwa Luden auch nicht bedacht, daß ein logiſcher Proceß zugleich ein ſehr realer iſt? Hätte auch er der neueren Philoſophie die Abgeſchmacktheit zugetraut, daß ſie unter Negation und Negation der Negation nur ein Spiel leerer Vorſtellungen, nicht eine ſehr ernſthafte Operation wirklicher lebendiger Mächte verſtehe?

Erſter Theil.

Verbrechen und Strafe an ſich.

§. 7.

Der bisher betrachtete Begriff des Verbrechens hat ſich ſofort in ſeine Momente auseinanderzulegen. Da nun auch die Wiederaufhebung des Verbrechens eine ſchlechthin an ihm ſelbſt geſetzte Beſtimmung iſt, ſo wird mit jener Entwicklung auch die der Momente der Wiederaufhebung des Verbrechens zugleich vor ſich gehen müſſen, übrigens in der Weiſe, daß ſie ſtets durch die erſtere beſtimmt bleibt. Zunächſt hat ſich nun das Verbrechen

1) objektiv als Rechtsverletzung beſtimmt, welche die abſolute Nothwendigkeit ihrer Wiederaufhebung als ihr eigenſtes Weſen in ſich hat. Dies iſt im erſten Kapitel näher zu entwickeln. Die beſtimmte Weiſe dieſer Wiederaufhebung nun aber, und insbeſondre die Einſicht in den wahren Gegenſtand derſelben treiben

2) das ſubjektive Moment am Verbrechen hervor, wornach es ſich als Handlung und ſeine Wiederaufhebung als Tilgung einer Schuld beſtimmt. Hievon handelt das zweite Kapitel. Endlich aber ſchließen ſich

3) das objektive und das ſubjektive Moment in dem Begriff der verbrecheriſchen Handlung und ihres Korrelats, der Strafe, zuſammen, was im dritten Kapitel näher auseinandergeſetzt wird.

Anm. — Die nähere Motivirung dieſer Uebergänge kann erſt an den betreffenden Orten erfolgen. Vorläufig wird es gerne zugegeben werden, daß ſich das Verbrechen einerſeits objektiv, andrerſeits ſubjektiv betrachten laſſe, ſein Geſammtweſen aber nur in der lebendigen Einheit beider Elemente liegen könne. Abweichungen von der gewöhnlichen Betrachtungsweiſe liegen dagegen theils darin, daß wir Verbrechen und Strafe zuſammen nehmen, theils darin, daß ſich in dieſer Eintheilung dem Strafgeſetze keine beſondre Stelle angewieſen findet. Beides iſt insbeſondre dem Sinne der relativen Theorieen entgegen, die gerade das Strafgeſetz als die Hauptſache anſehen und die nicht Verbrechen und Strafe, ſondern Strafe und Strafgeſetz als Korrelate behandeln. Allerdings hängt auch beides mit dem Weſen einer abſoluten Theorie ſehr genau zuſammen, und es iſt deshalb wenigſtens nicht ſehr ſyſtematiſch, wenn Abegg einen andern Gang nimmt.

Da es nun der erſte Theil überhaupt mit dem Verbrechen und der Strafe an ſich zu thun hat, ſo liegt in dieſem die Lehre von dem ſogenannten allgemeinen Thatbeſtande des Verbrechens, worüber uns neuerdings Luden[1]) eine beſondere Schrift gegeben hat. Wenn die vorliegende Unterſuchung uns mehrfach in die Nothwendigkeit verſetzen wird, dieſer Schrift entgegenzutreten, ſo bitten wir hier gleich im Voraus, unſern Standpunkt zu berückſichtigen, der die größte Hochachtung vor den Verdienſten dieſes und andrer Gelehrten um das poſitive Strafrecht keineswegs ausſchließt.

---

1) Abhandlungen aus dem Strafrechte. 2ter Band

Erſtes Kapitel.

Die Rechtsverletzung und ihre Wiederaufhebung.

§. 8.

In der Beſtimmung des Verbrechens als Rechtsverletzung liegen näher folgende Momente: 1) Das Objekt des Angriffs iſt das Recht als ſolches, d. h. das Weſen des Willens in der Sphäre des äuſſeren Daſeins. Hiedurch iſt das Verbrechen einerſeits vom Civilunrecht, andrerſeits vom Laſter und der Sünde unterſchieden. Zugleich liegt darin, daß in jedem Verbrechen das Recht in ſeiner Allgemeinheit regirt wird, daher die Beleidigung, Läſion nicht das Weſen deſſelben ausmacht, ſowie daß jede ſittliche Potenz, ſobald ſie den Boden des äuſſeren Daſeins betritt, Gegenſtand des Verbrechens ſeyn kann.

Anm. — 1) Der Unterſchied des Verbrechens vom bürgerlichen Unrechte iſt ſchon oben näher betrachtet worden. Sein Unterſchied von Laſter und Sünde iſt ein längſt allgemein anerkannter. Gleichwohl wird für denſelben häufig nicht der richtige Grund angegeben, der allein in dem Unterſchiede des Rechts von andern ſittlichen Potenzen beruht. Auch Wirth [1]) giebt nur eine Folge ſtatt des Grundes an, wenn er dieſen in die Aeuſſerlichkeit der Handlung legt. Denn, daß das Recht nur durch äuſſerliche Akte verletzt werden kann, liegt eben im Weſen des Rechts als der objektiven Sittlichkeit. Eine innere Verletzung der Sittlichkeit iſt gegen die Sittlichkeit in der Potenz des Rechts gar nicht möglich. Man denke nur an die Immoralität und das Verbrechen in Beziehung

---

1) Syſtem der ſpekulativen Ethik. II. S. 280.

auf daſſelbe ſittliche Objekt, z. B. die Ehe; von erſterer kann gar nicht geſagt werden, daß ſie die Ehe als Rechtsverhältniß zum Gegenſtand habe; ſobald die Immoralität überhaupt nur anfängt, gegen ein ſittliches Verhältniß als Rechtsverhältniß anzukämpfen, geht ſie eo ipso aus ſich heraus und in das Verbrechen über, womit denn freilich auch das Hervorbrechen in einen äuſſeren Akt geſetzt iſt.

2) Daß jedes Verbrechen an ſich die Verneinung des Rechts in ſeiner Allgemeinheit ſei, iſt gleichfalls eine weſentliche, erſt durch Hegel wieder zum Bewußtſein gebrachte Einſicht, übrigens eine von denen, welche man ihm nicht zu verdanken, vielmehr bei Darſtellung und Kritik ſeines Syſtems zu ignoriren oder auch wohl gar nicht zu merken pflegt. Sie iſt indeſſen, beſonders durch Abegg, mit Erfolg geltend gemacht worden und wir können wiederum Luden[1]) als einen ſolchen nennen, der ſich dies mit Recht zu Nutze gemacht hat, wie dies deutlich daraus erhellt, daß er das Verbrechen in ſeinem tiefſten Grunde als eine Verletzung des „objektiven Rechts", des Geſetzes der praktiſchen Vernunft ſelbſt beſtimmt, ohne darum — wie ſich von ſelbſt verſteht — die Verſchiedenheit der Strafbarkeit der einzelnen Verbrechen aufzugeben. Die entgegengeſetzte Anſicht iſt die in den relativen Theorieen herrſchende, welche das Recht nur als den Inbegriff der durch die Maxime der Koexiſtenz vermittelten ſubjektiven Berechtigungen auffaſſen, mithin, um über den engen Begriff der Rechtsverletzung als einer Läſion hinauszukommen, zum Begriff des Verbrechens den Staat und ſeine Zwecke zu Hilfe ziehen müſſen[2]).

---

1) Handbuch S. 7—23.

2) Feuerbach, Lehrbuch. §. 21. 22.

Der Unterſchied liegt in der grundverſchiedenen Anſicht von Recht und Staat überhaupt, worüber im Eingang die Rede geweſen iſt. Nach der Anſicht der relativen Theorieen iſt der Staat ein behufs des Schutzes der ſubjektiven Rechte producirtes nothwendiges Uebel. Uns iſt er die zu einem konkreten Organismus auseinandergebreitete Rechtsidee ſelbſt, daher wir auch in jedem Verbrechen die unendlich negative Tendenz gegen den Staat ſelbſt erkennen. Letzteres iſt einer der Punkte, die man auffallender Weiſe bei Hegel ſelbſt vermißt, die aber von ſeinen gewöhnlichen Kritikern treuherzig überſehen werden. Treffend iſt er dagegen von Wirth hervorgehoben [1]).

3) Indem als Objekt des Verbrechens das Recht überhaupt bezeichnet wird, ſo fällt der Einwurf weg, den man Hegel mit Recht machen muß, daß er nämlich den Begriff des Verbrechens in dem des Privatverbrechens habe aufgehen laſſen, ſ. Wirth a. a. O. Vielmehr iſt das Recht in dem Sinne, wie hier davon die Rede iſt, keineswegs das von Hegel ſo genannte abſtrakte Recht, das bei ſeiner falſchen Identifikation der objektiven Sittlichkeit mit der Sittlichkeit überhaupt offenbar ſeine luftige Stellung bloß der Moralität zulieb, ſowie dieſe die ihrige nur darum hat, damit die ſubjektive Freiheit noch vor dem Eintritt in die ſittliche Wirklichkeit den ſpekulativen Tod ſterben könne. Im Gegentheil iſt das Recht in unſerem Sinne der geſammte Inhalt der objektiven Sittlichkeit ſelbſt, und es fallen in ſeinen Umfang alle Arten von Rechtsverletzungen aus dem Kreiſe des Staatsrechts ſo gut, wie aus dem des Privatrechts; überhaupt alle Verletzungen irgend einer ſittlichen Potenz,

1) Syſtem der ſpekul. Ethik. II. S. 281. Anm.

ſofern dieſe, den Boden der Objektivität betretend (wie z. B. die religiöſe Sittlichkeit in der Form der Kirche), den Typus des Rechts annimmt. — Wenn dagegen Hepp [1]) gegen Hegel einwendet: ſein Grundprincip, die Nichtigkeit des Unrechts in ſich, beweiſe theils zu viel, theils zu wenig, — jenes, weil es konſequenterweiſe auch zur Beſtrafung der bloßen Immoralität führen würde, — dieſes, weil darnach keine genügende Grenze zwiſchen der Civil- und Straf-Geſetzgebung des Staats zu ziehen wäre, ſo treffen dieſe Einwendungen nicht. Denn Hegel ſchreibt der Immoralität doch gewiß kein Recht zu beſtehen zu; aber daraus folgt doch nicht, daß ihre Wiederaufhebung mittelſt des äuſſerlichen Proceſſes der Strafe ſtattfinden müßte. Und was die Grenze zwiſchen Civilunrecht und Verbrechen betrifft, ſo iſt es ein großes Mißverſtändniß, wenn Hepp meint, unter der Verletzung des Rechts als Rechts ſei „jede vorſätzliche Verletzung" zu verſtehen. Eine vorſätzliche Handlung, wodurch ich andere verletze, iſt allerdings auch beim Civilunrechte möglich. Aber ſobald mein Vorſatz iſt, nicht bloß deshalb, weil ich Recht zu haben glaube oder meine Handlungsweiſe überhaupt noch für vereinbar mit dem Recht halte, in die Rechtsſphäre eines Andern einzugreifen, — ſobald er dahin geht, in und mit dieſem Eingriff in eine beſtimmte Rechtsſphäre das Recht als Recht zu verletzen, ſeine Heiligkeit principiell zu negiren, ſo iſt eben damit kein Civilunrecht mehr, ſondern das Verbrechen vorhanden. Umgekehrt iſt daher zu behaupten, daß die fragliche Grenze gar nicht ſchärfer gezogen werden kann.

§. 9.

2) Gleichwohl iſt das Recht in dieſer unbeſtimmten Allgemeinheit kein möglicher Gegenſtand der Verletzung. Denn

1) Strafrechtstheorieen. S. 179. 184. 185.

im Begriffe des Rechts liegt weſentlich die objektive Exiſtenz, mithin die Beſtimmtheit nach Größe und Art. Soll alſo das Recht als Recht verletzt werden, ſo muß es in dieſer ſeiner quantitativen und qualitativen Beſtimmtheit verletzt werden. Es muß daher die im Begriffe des Verbrechens liegende unendlich negative Tendenz zum beſtimmten Akt ſich beſondern, der gleichfalls in die Sphäre des äuſſern Daſeins fällt. Auch die Verletzung iſt mithin nur als eine nach Art und Größe beſtimmte möglich.

Anm. — Dieſes Moment wird von allen denen, welche dem Verbrechen den Begriff der Läſion unterlegen, einſeitig feſtgehalten. Sie würden, da ſie ſich das Recht nur als die Summe der ſubjektiven Berechtigungen denken können, folgerichtig dahin kommen, das Strafrecht überhaupt in Privatrecht aufzulöſen; aber freilich helfen ſie ſich gewöhnlich damit aus, daß ſie den Begriff des Staats zu Hilfe rufen, um dem Verbrechen einen weiteren Inhalt zu verſchaffen. Bei ſolchen nun, die, wie Fichte und Feuerbach, auf dem Boden der Ichphiloſophie feſtſtehen und es, wie mit dem Moralgeſetze, ſo auch mit dem äuſſeren Geſetze und dem Staate ſtreng nehmen, leidet die Geſammtanſicht über das Strafrecht keineswegs an gefährlicher Larität, wozu die konſequente Durchführung des Läſionsbegriffs führen müßte; viel eher könnte man ihnen eine nur zu ſehr übertriebene politiſche Strenge vorwerfen. Umſomehr tritt dagegen jene ſchlimme Folge bei den Eklektikern hervor, welchen die gedachte feſte Grundlage fehlt und die Hauptangelegenheit nur darin beſteht, das Ich möglichſt gegen die unbequemen Anſprüche des Staats zu ſchützen und daher unter den Rechten des Staats vornämlich auch das Strafrecht auf alle Weiſe zu verklauſuliren. Man darf hier nur an die abenteuerliche Weiſe erinnern, womit

ſo viele Verbrechen, wider allen geſunden Menſchenverſtand, unter den Begriff der Läſion gezwängt werden, oder an die gefährliche Wirthſchaft, die man mit dem beliebten Grundſatz: Volenti non fit injuria getrieben ſieht.

So ſehr es nun aber verkehrt iſt, an dem Momente der Beſtimmtheit der Rechtsverletzung einſeitig feſtzuhalten, ebenſo fehlerhaft iſt es andererſeits, wenn man dasſelbe ignorirt und dem ſtoiſchen Grundſatz, daß omnia delicta paria ſeien, huldigt. Denn hiemit löst man umgekehrt das Strafrecht in Moral auf. Freilich zieht unter den bekannten Strafrechtstheorieen keine dieſe letzte Konſequenz. Aber es iſt klar, daß alle diejenigen, welche die Strafe als eine moraliſche Wiedervergeltung auffaſſen, bei einiger Folgerichtigkeit auf das gedachte Reſultat kommen müßten. Auch iſt dies der einzige wirklich entſcheidende Einwurf gegen dieſe Gattung von Theorieen, und erſcheint deshalb die viele Mühe, welche man mit anderweitigen Widerlegungen derſelben aufgewandt ſieht, völlig überflüſſig.

Als Beiſpiele für geſchichtliche Manifeſtationen der einen und der andern Abſtraktion können einerſeits das altdeutſche Strafrecht in der Form des Kompoſitionsſyſtems, andererſeits das Strafrecht der römiſchen Republik mit ſeiner an Fichte's Grundlegung des Strafrechts erinnernden politiſchſittlichen Auſterität dienen.

§. 10.

3) Da nun die Wiederaufhebung der Verletzung, als Negation der in dieſer geſetzten Negation, ſelbſt als Verletzung des Verletzenden auftreten muß, ſo muß ſie die gleiche Beſtimmtheit nach Art und Größe als ein äuſſerlicher Akt an ſich tragen, ſie muß Wiedervergeltung des Zwangs mit Zwang nach dem Principe des gleichen Maßes, des Werthes, ſeyn.

Anm. [1]) — Dieſe Deduktion der Wiedervergeltung zu bekämpfen, hat ſich neuerlich Hepp in ſeiner oben angeführten Schrift: Darſtellung und Beurtheilung der deutſchen Strafrechtstheorieen, 2te Auflage, beſonders angelegen ſeyn laſſen. Da er jedoch in der Vorrede ſelbſt als ſeinen Standpunkt nicht den philoſophiſchen, ſondern den eines praktiſchen Juriſten und den eines chriſtlich-religiöſen Mannes bezeichnet, ſo kann von ſeiner Ausführung hier füglich Umgang genommen werden.

§. 11.

Die unmittelbare Form der Wiedervergeltung iſt die Rache. Sie iſt dem Inhalte nach gerecht, weil ſie das in ſich Nichtige, die Rechtsverletzung, als nichtig behandelt. Der Form nach aber iſt ſie ungerecht, weil ſie von dem beſondern Willen ausgeht, und deshalb ihre Gerechtigkeit eine zufällige iſt. Zwar iſt es der im beſondern Willen immanente allgemeine, der die Rache hervortreibt; das Rechtsgefühl des Verletzten ſpricht ſich darin aus. Aber der allgemeine Wille iſt hier eben durch das Intereſſe des beſondern getrübt und ſein Akt tritt als Akt des beſondern hervor. Darin liegt, daß die Rache in ſich ſelbſt maßlos und dem Verletzer gegenüber eine neue Verletzung iſt. Maßlos iſt die Rache in der doppelten Beziehung, daß ſie einerſeits auf der Seite des Verletzten die Allgemeinheit von der Beſonderheit, das wirkliche objektiv gewordene Unrecht von der Unendlichkeit, die es in der ſubjektiven Empfindung annimmt, nicht unterſcheidet, andererſeits ebenſo auf der Seite des Verletzers nicht unterſcheidet, ob und in wie weit in der äuſſerlich gewordenen Rechtsverletzung ſeine Beſonderheit enthalten iſt, oder nicht. Indem aber die Rache als neue Verletzung hervortritt, ſo ruft ſie wieder eine Verletzung, dieſe wieder eine u. ſ. f. in's Unendliche fort hervor.

---

1) Die Darſtellung anderer Strafrechtstheorieen kann nach der hier befolgten Methode natürlich erſt weiter unten folgen.

Anm. — Das Moment der Maßloſigkeit der Rache hat Hegel (§. 102.) zwar im Allgemeinen treffend angegeben, aber nur nach der einen ſeiner Beziehungen, welche am beſten an dem noch im modernen Staate vorkommenden Duell ſtudirt werden kann. Ebenſo weſentlich iſt aber die andere, welche beſonders auf dem Standpunkt der noch unreifen Staaten, wo die Rache als allgemeine Form der Wiederaufhebung des Unrechts vorkommt, ſich herausſtellt, — daß nämlich die Rechtsverletzung nur als ein Objektiväuſſerliches betrachtet und auf die Schuldunterſchiede nicht Rückſicht genommen wird. Ueber dem Barbariſchen, was in dieſer Form der Rechtsübung bei noch unkultivirten Völkern liegt, darf man auch die ſittliche Unſchuld, die naive Frömmigkeit nicht überſehen, welche darin liegt, wenn auch das Ungefähr als Schuld getragen und in dem, was unſer moraliſches Gefühl beleidigt, ein dämoniſches Walten gläubig verehrt wird. Damit hängt die Heilighaltung des Unglücks, auch auf einem ſchuldigen Haupte, zuſammen, die ſo eigen mit der phariſäiſchen Selbſtgenügſamkeit kontraſtirt, wie ſie in gebildeteren Zeiten auf den Verbrecher herunterſieht. Das Weſen einer ſolchen naiven Anſchauung kann — freilich nicht mehr in ſeiner vollen Eigenthümlichkeit — an vielen prägnanten Zügen des altgermaniſchen Strafrechts nachgewieſen werden. — Uebrigens erhellt aus dem o. Ang., daß die Ableitung des Strafrechts aus der Rache, wie ſie Luden [1]) verſuchte, einen relativ wahren Grund hatte und inſoweit von Hepp [2]) ganz ohne Noth angegriffen wurde.

---

1) Vorrede zur Ueberſetzung von Romagno 51. — Im Handbuch iſt Luden A. M.

2) Gerechtigkeits- und Nutzungstheorieen des Auslandes. S. 64. Anm.*

§. 12.

Die Forderung der Auflöſung dieſes Widerſpruchs enthält die Forderung einer von den Intereſſen des beſondern Willens ungetrübten Reaktion gegen das Verbrechen, zunächſt alſo die Forderung eines Willens, der, als beſonderer, das Allgemeine als ſolches wolle. Dieſer Wille iſt aber durch die vorige Entwicklung bereits geſetzt. Denn eben durch die im Begriff des Unrechts ſich vollziehende Aufhebung der Identität zwiſchen dem Weſen des Willens und ſeiner Erſcheinung hat ſich der beſondere Wille als ſolcher frei gemacht und in ſeinem Unterſchiede vom allgemeinen erfaßt, mit der Beſtimmung, in dieſem ſeinem ſelbſtſtändigen Fürſichſein die adäquate Erſcheinung des ſubſtantiellen Willens zu ſein.

§. 13.

Mit dieſer Forderung eines in der Form der Beſonderheit das Allgemeine wollenden Willens erfüllt ſich aber auch zugleich die Forderung, daß bei der Wiederaufhebung der Rechtsverletzung dieſe nicht in ihrem unmittelbaren äuſſerlichen Daſein, ſondern als ein durch den Willen Geſetztes, als Produkt ſeiner in ſeiner Beſonderheit unendlichen Freiheit in Betracht gezogen werde. Hiemit beſtimmt ſich aber das Verbrechen als Handlung, und ſeine Wiederaufhebung als Tilgung der Schuld.

Anm. — 1) Beide Forderungen: daß die Wiederaufhebung des Verbrechens nicht von einem Privatwillen ausgehe, und daß im Verbrechen nur die Schuld geſtraft werde, hängen genau mit einander zuſammen. Sie enthalten beide die Forderung, den beſondern Willen in ſeinem ſelbſtſtändigen Fürſichſein, das einemal gegenüber der Welt des ſubſtantiellen Willens, das anderemal gegenüber der Welt des endlichen objektiven Daſeins anzuerkennen. Auch pflegt geſchichtlich die Erfüllung beider Forderungen zuſammenzufallen.

2) Der Uebergang, wie er hier von der objektiven Seite des Verbrechens zu der ſubjektiven Seite deſſelben gemacht wird, könnte auf den erſten Blick mit dem Uebergang, wie ihn Hegel vom abſtrakten Rechte zur Moralität macht, zuſammen zu fallen ſcheinen. Denn indem wir nun das Verbrechen als die That des unendlich freien Einzelwillens betrachten, ſcheinen wir uns in die ganze Breite des moraliſchen Gebiets auszulaſſen. Und in der That iſt hier auch der Punkt, wo die Philoſophie des Strafrechts und des Rechts überhaupt am nächſten an die Moral grenzt, daher denn auch Michelet den ganzen erſten Theil ſeiner Moral der Darſtellung der kriminaliſtiſchen Zurechnung gewidmet hat. Gleichwohl muß aber auch hier die Grenze zwiſchen beiden Gebieten ſcharf gezogen werden. Daß dies bei dem uns ſpeciell beſchäftigenden Gegenſtande möglich ſei, wird das folgende Kapitel zeigen. Indeſſen kann hier im Allgemeinen Folgendes bemerkt werden. Der Uebergang, wie er hier auf dem beſonderen Gebiete des Strafrechts gemacht wird, fällt allerdings mit einem Uebergang in der geſammten Rechtsphiloſophie nahe zuſammen. Allein auch hier iſt er keineswegs Uebergang zur Moralität, ſondern zu einer konkreteren und beſchränkteren Beſtimmtheit der ſubjektiven Freiheit. In der Rechtsphiloſophie handelt es ſich ſo wenig um die geſammte Subjektivität des Menſchen, als um ſeine Individualität. Es handelt ſich darin nur um ſeine Perſönlichkeit und um ſeine Subjektivität nur eben ſoweit, als das perſönliche Wohl, das Intereſſe des perſönlichen Fürſichſeins ihren Gegenſtand ausmacht. Wenn es die Aufgabe der Ethik überhaupt iſt, den Proceß der Vermittlung der Gattung mit dem Individuum zum Reichthum einer organiſch gegliederten Welt darzuſtellen, ſo iſt die Aufgabe der Rechtsphiloſophie

insbeſondere die, dieſen Organismus als das äuſſere, aus der Natur lebende, ſie beherrſchende und verklärende Reich der Vernunft zu entwickeln. Die Elemente, um deren ſittliche Einheit es ſich hier handelt, können daher nicht die geſammte Willensſubſtantialität auf der einen, und die volle Subjektivität auf der andern Seite ſein, ſondern es muß ſowohl der Gattungs-, als der Einzelwille hier in der konkreten Beſtimmtheit durch die objektive Exiſtenz aufgefaßt werden. Nur der ſociale Zuſtand iſt der Boden der hier vor ſich gehenden Entwicklung. Dann kann aber natürlich das abſtrakte Recht zu ſeinem Gegenſatz nicht die Moralität haben; ſondern es werden ſich als die Elemente des aus der Auflöſung der Familie (der ſubſtantiellen Perſönlichkeit) hervorgehenden ſocialen Zuſtands das abſtrakte Recht und das abſtrakte Wohlergehen, und die immer konkretere Vermittlung dieſer beiden Elemente wird die Geneſis des Staats als der Totalität des ſocialen Organismus ausmachen [1]. — Wenn wir nun alſo hier auf den Standpunkt der Subjektivität übergehen, ſo haben wir es nicht mit der Moralität, ſondern wir haben es nur mit der menſchlichen Subjektivität zu thun, wie ſie für den Staat iſt, alſo nur mit dem Menſchen als für ſich gewordener Perſon, wie er ſich handelnd an die Objektivität und ihr Geſetz preisgibt. Die Folgen dieſer Beſchränkung werden ſich bald zeigen.

---

1) Die nähere Begründung kann nur in einem Syſteme der geſammten Rechtsphiloſophie gegeben werden.

Zweites Kapitel.

Die verbrecheriſche Handlung und die Tilgung der Schuld.

---

§. 14.

Der Begriff des Verbrechens entſteht durch die Losreißung des beſonderen Willens aus ſeiner Einheit mit dem allgemeinen. Es iſt hienach geſetzt durch den beſondern Willen, ſein Produkt. Andererſeits ſetzt die Möglichkeit, daß ein ſolcher beſonderer Wille überhaupt ſei und ein ſolches Produkt, wie das Verbrechen, hervorbringe, jene Einheit der Beſonderheit des Willens mit ſeiner Allgemeinheit als ein Beſtehendes voraus, d. h. ſie ſetzt eine Welt der objektiven Sittlichkeit voraus, von der ſich unterſcheidend der Wille eben zum Bewußtſein ſeiner Beſonderheit kommen kann. Hiemit ergibt ſich als der Gang der Entwicklung dieſer:

1) iſt die Geneſis des beſonderen Willens zum verbrecheriſchen aufzuzeigen. Erſter Abſchnitt. Sofort

2) haben wir die Aktivirung dieſes verbrecheriſchen Willens in der verbrecheriſchen Handlung und ſeine Schuld zu betrachten. Zweiter Abſchnitt.

3) beſtimmt ſich nun die Wiederaufhebung des Verbrechens als Tilgung der Schuld des beſondern Willens. Dritter Abſchnitt.

Anm. — 1) Der erſte Abſchnitt hat es mit einer Materie zu thun, die in ihrer beſondern Beziehung zum Strafrecht ſeit Feuerbach die gehörige Würdigung nicht mehr gefunden hat. Zwar hat ſich Stahl in ſeiner Weiſe damit beſchäftigt; aber dieſe Weiſe erinnert vielmehr an eine theologiſche Dogmatik oder ein Erbauungsbuch, als an eine philoſophiſche Entwicklung der

Principien des Strafrechts. Die Darſtellung der Idee des Willens, womit Hegel ſeine Rechtsphiloſophie beginnt. enthält nun allerdings das ſolide Fundament, auf dem in dieſer Sache weiter zu bauen iſt. Allein man macht ſich doch das Geſchäft zu leicht, wenn man entweder, wie Michelet, mit der Entwicklung des Begriffs der formellen Zurechnung die ganze kriminaliſtiſche Imputationslehre abgethan zu haben glaubt, oder, wie der neueſte Bearbeiter dieſer Lehre [1]), ſoſehr in den Feſſeln des Hegel'ſchen Syſtems bleibt, daß man auch die Moralität noch als integrirenden Theil der Rechtsphiloſophie annimmt und aus dieſem Abſchnitte in Verbindung mit der Einleitung in die geſammte Rechtsphiloſophie die Imputationslehre rekrutirt. Wie mager unſere Lehrbücher hinſichtlich der in Rede ſtehenden Frage ſind, lehrt der erſte Blick; und doch iſt ſie die Kardinalfrage für das ganze Strafrecht.

2) Wenn das Verbrechen einerſeits nur als menſchlicher Willensakt möglich iſt, ſo iſt andrerſeits auch dies wohl zu beachten, daß der verbrecheriſche Wille nur durch einen Entwicklungsproceß zu Stande kommt, der das Beſtehen einer objektiv ſittlichen Welt vorausſetzt. Hier zwar kann es ſich noch nicht um die objektive Wirklichkeit dieſer Welt handeln, ſondern nur um das Wiſſen des Menſchen von ihr und der Nothwendigkeit, daß ſie ſei. Aber auch in dieſer Beſchränkung iſt der Satz von großer Wichtigkeit. Denn er enthält eben das Princip für die Geneſis des verbrecheriſchen Willens und hiemit für die Entſcheidung mehrerer Fragen, deren Wichtigkeit in den Lehrbüchern ignorirt wird, dagegen durch die

---

1) Berner, Grundlinien der kriminaliſtiſchen Imputationslehre. Berlin. 1843.

geſetzgeberiſchen Beſtrebungen der Zeit zum Bewußtſein gebracht worden iſt, wie z. B. der Frage über die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Uebelthäter. Der verbrecheriſche Wille ſetzt das Wiſſen von der Nothwendigkeit einer objektiv ſittlichen Welt voraus. Darum fehlt er beim Kinde, und fehlt bei kindlichen Völkern, denen die Sitte noch nicht in der ſtrengen Form des Geſetzes ſich befeſtigt hat. Sehr richtig iſt die Bemerkung von Wirth, daß die Selbſtobjektivirung der ſittlichen Idee zu geltenden Potenzen, wie die Möglichkeit, ſo auch das ſollicitirende Princip des ſubjektiven Böſen ſei. Denn das Geſetz hat immer die Seite der abſoluten Nothwendigkeit an ſich, gegen welche, als eine tyranniſche Gewalt, die menſchliche Freiheit in einem beſtimmten Stadium ihrer Entwicklungsgeſchichte jedesmal ſich auflehnt und auflehnen muß. Nur muß man freilich bei dieſer Betrachtung nicht ſtehen bleiben, wenn man nicht entweder in die Feuerbachiſche Anſicht vom Verhältniſſe des Geſetzes zur Freiheit und folgeweiſe in die Beſtimmung der Strafe als einer Dreſſur, oder aber in die materialiſtiſche Anſicht, wornach das Verbrechen nothwendig und alle Strafe ungerecht iſt, verfallen will. Sie iſt aber, relativ feſtgehalten, ſehr wichtig, weil ſie dazu dient, den Hochmuth der Legalität herabzuſtimmen, die in der Trägheit ihres Willens ſich ſo unendlich erhaben über demjenigen glaubt, den die Energie ſeiner Freiheit zum Bruche mit dem Geſetze fortgeriſſen hat, und der gleichwohl viel ſittlicher ſein kann, als jene zahmen Jochträger in ihrer ſchläfrigen Selbſtgenügſamkeit.

Erſter Abſchnitt.

Die Geneſis des verbrecheriſchen Willens.

§. 15.

Die ſittliche Idee hat ihre Erſcheinung im menſchlichen Geiſte, als dem adäquaten Medium zur Entfaltung ihres Lebensproceſſes. Das Weſen der ſittlichen Idee iſt nämlich überhaupt, Lebensproceß, Subjektivirung der Subſtanz, Ichwerden des allgemeinen Geiſtes zu ſein. Dieſes Subjekt, dieſes Ich realiſirt ſich aber allein im Menſchen. Nur in ihm erwacht der in der Natur ſchlummernde Geiſt zum Selbſtbewußtſein, zur Energie des Willens. Die Natur iſt zerſtreuter, in der Zerſtreuung gefangener Geiſt, ſein nach außen gewendeter, in die unendliche Vielheit zerſplitterter Reichthum. Sie iſt Schöpfung des Willens, aber ſelbſt ohne Willen. Der Wille ſucht ſich ſelbſt in ihr, und findet ſich endlich in ihr, in der Krone der Schöpfung, dem Menſchen. Das Weſen des Geiſtes, Einheit in Allem zu ſein, treibt ihn nämlich in den unendlichen Fluß des Werdens, in die unendliche Zeugung von Geſtalt auf Geſtalt, in das Auſſereinander der Natur hinaus. Aber eben in dieſer Unendlichkeit der endlichen Beſtimmtheit ergreift den Geiſt die allgewaltige Sehnſucht, ſeine Einheit wieder zu finden. Seine Allgemeinheit ſucht ſich in der unendlichen Beſonderheit, und findet ſich in der Einzelheit. Denn nur in der Einzelheit vermag ſich Allgemeines und Beſonderes zu durchdringen, in der Beſtimmtheit, das Unendliche darzuſtellen. Die Energie dieſer Einzelheit aber, in welcher der Geiſt die Natur bezwingt und zu ſeinem verklärten Leibe macht, iſt der menſchliche Wille.

Anm. — Dem Standpunkt des ſubjektiven Idealismus gegenüber muß hier zuvörderſt der Standpunkt

des objektiven Idealismus überhaupt feſtgeſtellt werden. Dieſer beſteht aber darin, daß ein Sein der ſittlichen Idee in der Potenz des Weſens noch vor allem Eintritt in das anthropologiſche Gebiet anerkannt wird. Der ſubjektive Idealismus läugnet im Gegentheil das ſubſtantielle Fürſichſein der ſittlichen Idee als allgemeinen Geiſtes. Ihm fällt von vorn herein dieſes weſentliche Sein mit der Erſcheinung im Ich zuſammen, und damit entſteht ihm ſein charakteriſtiſcher Dualismus innerhalb des Ichs. Die Konſequenzen daraus für die Freiheitslehre, wie ſie beſonders von Feuerbach gezogen und zur Grundlage ſeines Strafrechtsſyſtems gemacht worden ſind, werden ſpäter zu genauerer Erörterung kommen müſſen. Hier iſt vorerſt nur der allgemeine Standpunkt entſchieden zu bezeichnen. Wenn nun aber das Weſen der ſittlichen Idee als Prius behauptet und das anthropologiſche Gebiet nur als die Erſcheinung dieſes weſenhaften Seins aufgefaßt wird, ſo kann nun freilich an dieſem Ort eine nähere Auseinanderſetzung über jene Weſenheit des Willens nicht erwartet werden, ſondern es iſt nur an das Reſultat ihrer Entwicklung anzuknüpfen, wornach ſie Lebensproceß iſt und ein Entwicklungsmedium in der Wirklichkeit fordert. Deshalb iſt in dem vorſtehenden Paragraphen nur angedeutet, daß wir die ſittliche Idee in einem viel weitern Sinne, als Hegel, daß wir ſie univerſell nehmen und ihr eine nicht nur pſychologiſche, nicht nur politiſche, ſondern eine kosmologiſche Bedeutung beilegen. Die Ethik iſt uns nicht bloß Wiſſenſchaft vom objektiven, ſondern vom abſoluten Geiſte, und ihre Aufgabe die, ein ſittliches Univerſum als Welt dieſes abſoluten Geiſtes zu konſtruiren. Hiernach iſt die Vorausſetzung unſrer folgenden Darſtellung die Deduktion des Willens aus dem reinen Begriff des Abſoluten.

Eben dieſe Deduktion hat aber nichts anderes zu ihrem Inhalt, als den Durchgang des Abſoluten durch die Natur zur Ichheit, deren reine Energie der Wille iſt. Das Weſen des Willens iſt aber weiter, die Verwirklichung ſeiner abſoluten Einheit in der unendlichen Beſtimmtheit, die unendliche Durchführung ſeiner Allgemeinheit durch die Beſonderheit zu ſein. Das Medium dieſer unendlichen Durchdringung der reinen Allgemeinheit und der Beſonderheit iſt aber nur die Einzelheit, und deshalb iſt das menſchliche Ich die Erſcheinung für den Lebensproceß der ſittlichen Idee. Im menſchlichen Geiſte geht jene Selbſtverwirklichung des reinen Willens vor ſich. Dies iſt das Jovisſiegel, welches der Menſch an ſeiner Stirne trägt, wodurch er die Krone der Schöpfung wird. Aber freilich ruht unter dieſem Jovisſiegel auch das Kainsmal; nur, weil des Menſchen Geiſt zum Tempel Gottes beſtimmt iſt, kann er auch das Verbrechen gebären.

§. 16.

Das reine Weſen des Willens ſchließt folgende Momente in ſich:

1) liegt darin die reine unendliche Sichſelbſtgleichheit des Willens, ſeine unendliche Selbſtaffirmation, ſeine Allgemeinheit als reine Kontinuität, und zwar in der doppelten Bedeutung, daß es a) das Weſen des Willens iſt, über alle Beſtimmtheit unendlich hinausgehen, ſich ſelbſt gleich ſein zu können, b) in aller Beſtimmtheit reine Kontinuität ſeiner ſelbſt zu bleiben. In beiden Beziehungen iſt aber dieſe reine Allgemeinheit des Willens c) die Negation der Beſtimmtheit und ſetzt eben damit die Beſtimmtheit an ſich ſelbſt. — Vermöge des Moments ſeiner Abſtraktionsfähigkeit vom Andern iſt der Wille reine Freiheit. Vermöge des Moments ſeiner reinen Kontinuität im Andern iſt er die Möglichkeit des Guten. Beides liegt als negatives und poſitives Element in ſeiner

reinen Allgemeinheit. Indem aber mit der Negation der Beſtimmtheit dieſe ſelbſt geſetzt iſt, ſo ſchlagen auch jene Elemente in ihr Gegentheil über. Die reine Freiheit, für ſich feſtgehalten, iſt die Freiheit der Leere, die Abſtraktion vom Willen ſelbſt, das Nichtwollen, d. h. ein Unding. Das Gute, als reine Kontinuität in ſeinem Andern, iſt Indifferenz gegen ſein Gegentheil, hiemit die Möglichkeit des Böſen. Im Willen liegt deshalb

2) ebenſo weſentlich die Beſtimmtheit und zwar wiederum in der doppelten Bedeutung, daß es a) das Weſen des Willens iſt, aus der unterſchiedsloſen Unbeſtimmtheit zur Unterſcheidung, zum Setzen einer Beſtimmtheit überzugehen, ſich zu beſchränken, daß b) eben damit an die Stelle der reinen Kontinuität die reine Diskretion tritt. In beiden Beziehungen iſt aber c) das Moment der Beſtimmtheit ebenſowenig das ganze Weſen des Willens, als dies das Moment der reinen Allgemeinheit war. Es würde im Gegentheil der Begriff des Willens ſich zu ſeinem Gegentheil verkehren, wenn er nicht aus der Beſtimmtheit in die Allgemeinheit zurückzugehen vermöchte. Beide Momente ſetzen ſich ebenſowohl gegenſeitig, als ſie einander negiren. — Vermöge des Moments a) erhält der Wille, der zuvor nur als reine Form geſetzt war, überhaupt einen Inhalt, er will Etwas, tritt aus der Freiheit der Leere hervor, wird wirklicher Wille. Vermöge des Moments b) dagegen iſt nun gegenüber der Möglichkeit des Guten die Möglichkeit des Böſen, als des Abfalls von der Allgemeinheit, der Negation der Einheit, der Zerriſſenheit des Willens geſetzt. Beides liegt wiederum als poſitives und negatives Element in der Beſtimmtheit. Der aus dieſer quellende innere Widerſpruch macht ſich aber gleichfalls wieder an den beiden Elementen geltend. Die Beſtimmtheit des Wollens überhaupt, für ſich feſtgehalten, führt zur Verſenkung ins Beſondere, zur Knechtſchaft und Thierheit des Willens. Das

Böſe, als vollendete Diskretion, iſt unendliches Setzen von Beſtimmtheit und hiemit unendliche Ausſchließung aller Beſtimmtheit, Auflöſung ſeiner ſelbſt in die Unbeſtimmtheit der allgemeinen Ironie, in die Sattheit an ſich ſelbſt, worin die Rückkehr zum Guten liegt.

3) iſt daher der Wille ſeinem ganzen Weſen nach nur die Einheit beider Momente, unendliche Verwirklichung ſeiner Einheit in der Beſtimmtheit, — auch dies wieder in der doppelten Bedeutung, daß a) der Wille ſich frei aus der Unterſcheidung zurücknehmen und zu ſeiner Sichſelbſtgleichheit wiederherſtellen, daß er in der Beſtimmtheit bei ſich ſelbſt, bei ſeiner Allgemeinheit bleiben kann, was erſt die wahre Freiheit und damit das wahre Weſen des Willens ausmacht, b) daß weder die reine Kontinuität, noch die reine Diskretion das Weſen des Willens iſt, ſondern nur die Kontinuität in der Diskretion. Die Diskretion hat aber c) eben wie die Kontinuität ihr Medium an dem ſich ſelbſtbeſtimmenden Willen, ſofern dieſer die Freiheit iſt, auch in ſeiner Negation ſich ſelbſt zu affirmiren. — Der Wille ſeinem vollen Begriffe nach iſt mithin freie Selbſtbeſtimmung, die ihre unendliche Einheit auch durch den Widerſpruch der von ihr ſelbſt geſetzten Beſtimmtheit hindurch verwirklicht. So iſt er Weltzweck, der das Böſe als Moment am Guten ſetzt, um dieſes als das allein wahre Sein des Willens aus ſeiner Negation ewig wiederherzuſtellen. Den Lebensproceß aber, welchen dieſer Weltzweck ſetzt, hat ſeine Erſcheinung am menſchlichen Willen.

Anm. — Dieſe Sätze können hier nicht bewieſen, ſondern müſſen aus dem Syſtem der ganzen Ethik her vorausgeſetzt werden. Dies kann um ſo unbedenklicher geſchehen, als ſie für unſern Zweck von keiner unmittelbaren Anwendung ſind, vielmehr nur dazu dienen ſollen, auf die tiefere Grundlage der folgenden pſychologiſchethiſchen Beſtimmungen aufmerkſam zu machen. Indeſſen

kann doch ſoviel hier bemerkt werden, daß es ſehr an der Zeit iſt, die Dürftigkeit der Willensbeſtimmungen, womit Hegel die Rechtsphiloſophie einleitet, einzuſehen und das Weſen des Willens gründlicher zu unterſuchen. So unzweifelhaft richtig nämlich auch jene Beſtimmungen ſind, ſo ſind ſie doch inſofern dürftig, als ſie das Weſen des Willens erſchöpfen ſollen, was doch keineswegs der Fall iſt. Aus dem erſteren Grunde ſind ſie im obigen Paragraphen beibehalten, aus dem letzteren aber durch die weſentlich dazu gehörenden kosmologiſchen Beſtimmungen erweitert worden, die in jenen liegen und nur aus ihnen entwickelt zu werden brauchen. — Das Element der reinen Allgemeinheit enthält als negatives Moment allerdings die reine Unbeſtimmtheit, die leere Form der Freiheit, wie ſie ſich bei Hegel angegeben findet. Zugleich enthält ſie aber als poſitives Moment die reine Kontinuität des Willens in ſeinem Andern, worin der Begriff des Guten liegt. „Es iſt dies die Vorſtellung, die jeder vom Guten mitbringt, daß es das Innerſte der Welt der Willen ſei, welche ſie unter einander erhält; dies iſt aber nur das Wollen der reinen Ichheit, welche in ihrer Einzelheit nichts iſt, als unendliche Bejahung ihrer in allem Andern. Milde, Liebe, Wohlthätigkeit ſind lauter konkrete Geſtaltungen dieſer reinen Form des Willens.“ (Wirth I. S. 27.). — Ebenſo enthält andererſeits unzweifelhaft das Element der Beſtimmtheit am Willen einmal als poſitives Moment die Beſonderung des Willens überhaupt, zugleich aber als negatives den Abbruch von der Kontinuität, die Zerſtreuung in die Diskretion, worin der Begriff des Böſen liegt. „Das Böſe beſtimmt ſich ſeinem innerſten Weſen nach als der negative Wille, nicht etwa in dem ſchlechten Sinne einer bloßen Schranke und Privation, ſondern als der poſitive Wille des abſo-

luten Ausſchließens; iſt das Gute das Poſitive des Willens als reine Kontinuation des wollenden Ichs in allen anderen, ſo daß ſein beſtimmter Akt nicht ausſchließender Akt iſt, — ſo iſt der negative Wille Setzen von beſtimmten Akten, um andere, beſtimmte Willen zu vernichten, er iſt der beſtändige Widerſpruch, der Geiſt, der ſtets verneint." (Ebend. S. 28). — Haben aber die Elemente des Willens dieſe doppelte Seite an ſich, ſo muß dieſe nothwendig auch an ihrer Einheit hervortreten. Der Begriff der freien Selbſtbeſtimmung muß ſich zu dem der über die Diskretion übergreifenden Kontinuität, der den Widerſpruch ihrer Beſtimmtheiten überwindenden Einheit, zum Begriffe des Weltzwecks erweitern, der das Gute als ewigen Sieg über das Böſe will. — Das Reſultat der ganzen Entwicklung des Begriffs des reinen Willens iſt nun aber, daß er weſentlich Lebensproceß iſt und ſein Medium eben in der Einzelheit, dem Ich hat, worin allein die Durchdringung des Allgemeinen und Beſondern vor ſich gehen kann, mithin im menſchlichen Willen, zu deſſen Betrachtung wir nun, als zu unſerem nächſten Zwecke, übergehen.

§. 17.

Das reine Weſen des Willens als Weltzweck projicirt ſich in die Beſtimmtheit der Natur, um aus ihr als ſubjektives Selbſtbewußtſein hervorzugehen und von dieſem aus ſeine univerſelle Verwirklichung zu finden. Seine Verwirklichung im menſchlichen Geiſte iſt daher nichts anderes, als die Selbſtentwicklung der Natur des menſchlichen Geiſtes zur Erſcheinung der ſittlichen Idee. Zunächſt alſo erſcheint der Wille als natürlicher Wille.

I. Der natürliche Wille.

§. 18.

Indem der Wille in die Naturform eingeht, muß er nothwendig eine zwiefache Beſtimmtheit an ſich haben. Einmal muß er ſein Weſen als Wille behalten, welches darin beſteht, Koncentration in die Einzelheit, Ichheit zu ſeyn. Andrerſeits muß er die Naturbeſtimmtheit annehmen, welche darin beſteht, die Momente der Idee nur geſondert, als ſelbſtändige Mächte gegen einander darzuſtellen. Daraus ergiebt ſich die Eigenthümlichkeit des natürlichen Willens, Koncentration in die Ichheit innerhalb des noch ununterſchiedenen, unbewußten Gegenſatzes von Geiſt und Sinnlichkeit zu ſeyn. Das erſte Moment iſt die Empfindung. Das zweite ſetzt den aus der Empfindung quellenden Trieb in der Naturform, d. h. als eine Menge ſelbſtändiger, einander ausſchließender Triebe. Die Einheit beider ſtellt als das charakteriſtiſche Weſen des natürlichen Willens die Koncentration der Ichheit in den Trieb dar, die aber eben ſogut in das Centrum der unendlichen Einheit der Empfindung ſchlagen, als in die Knechtſchaft eines ausſchließenden Triebs ſich gefangen geben kann. Sein Erſcheinungsmedium hat der natürliche Wille im Gemüthe.

§. 19.

In dem ſo beſchaffenen Weſen des Gemüths kehrt die oben aus dem Weſen des Willens abgeleitete Möglichkeit des Guten und des Böſen als fixirt in natürlichen Anlagen wieder. 1) Iſt nämlich das Gemüth die reine Kontinuität der Empfindung, das Gefühl der unendlichen Liebe, woraus der Trieb zur ſittlichen Harmonie der Seele quillt. Es iſt die kindliche Knospe des ſittlichen Charakters. In ihm blüht das Gefühl des Guten als der durch alle Beſtimmtheit ſich fortſetzenden Selbſtbejahung des abſoluten Willens auf. Es ſtellt ſich dar als ſchwärmeriſche Liebe, die in allem Edlen und Trefflichen

das eigne Weſen wiedergeſpiegelt ahnt, und unmittelbar daraus quillt der Trieb, ſich die Fülle dieſer Ideale anzueignen. Aber 2) hat nun gleichwohl das Gemüth noch die Naturform und ihren Mangel an ſich. Und zwar iſt dieſer ein gedoppelter. a) Gemäß dieſer Form liegt der noch unentwickelte ſittliche Inhalt im Gemüthe als Menge beſtimmter, ſelbſtändiger Triebe vor. b) Hat der Trieb, als aus dem Gefühle quellend, die Natur des Gefühls an ſich, welche die Unmittelbarkeit der Attraktion ebenſo, wie der Repulſion iſt. Es liegt daher im Gemüthswillen die unmittelbare, ungetheilte Hingabe des geſammten Ichs an den Trieb, ſei es nun des Verlangens, oder des Abſtoßens. Wie nun hierin die Fähigkeit der höchſten ſittlichen Energie liegt, ſo liegt darin auch die Fähigkeit der höchſten Energie des Böſen. Es ſind aber c) beiderlei Fähigkeiten im natürlichen Willen auf gleiche Weiſe vorhanden, ſofern das über ſeinen Inhalt noch nicht reflektirende Gemüth ebenſowohl in der reinen Kontinuität des ſittlichen Triebs aufgehen, als in die Ausſchließlichkeit irgend eines beſtimmten Triebs ſich fixiren kann. 3) Auch das Aufgehen in der reinen Kontinuität des ſittlichen Triebs iſt aber nicht minder ein Verluſt der unendlichen Allgemeinheit des Willens, als es die unmittelbare Hingabe an einen beſtimmten, beſonderen Trieb iſt. Denn eben vermöge der Natur des Gefühls wird auch jenes Sichhingeben in die unendliche Liebe ſelbſt zur Befangenheit in der Beſtimmtheit eines Triebs. Eben in dieſer Befangenheit liegt aber der pſychologiſche Quell des Böſen. Der natürliche Wille iſt daher der Eine mütterliche Grund des Guten, wie des Böſen. In beidem iſt ſein Charakter die gleiche Unſchuld, weil er noch als Naturell, ſomit als unfrei beſtimmt iſt.

Anm. — Das Verdienſt, zur pſychologiſchen Entwicklungsgeſchichte des Willens den Grund gelegt zu haben, wird Hegel ungeſchmälert behalten dürfen, wenn gleich

auch hier zu behaupten iſt, daß er die Sache nicht in ihrer ganzen Tiefe aufgefaßt habe. Was er über den natürlichen Willen ſagt, giebt Berner[1]) in populärer Weiſe ſo wieder: „Zunächſt beſtimmt ſich Ich noch nicht aus ſeinem wahren Inhalte heraus, ſondern findet ſich durch die Natur beſtimmt. Es ſind hier unſere Triebe und Begierden, die unſere Handlungen ſchlechthin leiten. Dieſer Wille iſt der noch ganz unangemeſſene. Er iſt nach Inhalt und Form unfrei, daher noch gar kein Wille, ſondern nur die reale Möglichkeit deſſelben. Der unfreie Inhalt ſind die gegebenen Triebe; die unfreie Form iſt das blinde Zugreifen bei der Befriedigung.“ Auch hier wird erhellen, daß das im Text Geſagte, nur die konkretere Durchbildung dieſer Beſtimmungen iſt.

Es iſt wichtig zu bemerken, daß auch das Begehren des natürlichen Willens eben ſowohl in das ſittliche Gefühls-centrum, den Trieb der unendlichen Liebe einſchlagen, als in irgend einen beſondern, als ſolchen ſchon ausſchließenden Trieb ſich verrennen kann. Dort hat es die Richtung der Kontinuität, welche das Gute, — hier die Richtung der Diskretion, welche das Böſe bezeichnet. Gleichwohl liegt in dieſen Richtungen für ſich noch nicht, daß der natürliche Wille gut oder böſe ſei. Er iſt zunächſt nur die Fähigkeit zu beidem. Das andre weſentliche Moment iſt nun die Natur des Triebs überhaupt, welche ihm anklebt, abgeſehen von ſeinem Gegenſtande. Dieſe beſteht aber in der ungetheilten Hingabe des Ichs an das Objekt, ſeine Bewegung ſei nun Verlangen oder Abſtoßen. Auch in dieſem Momente liegt noch nicht das Böſe an ſich, da vielmehr eben darin auch die Fähigkeit zur höchſten Energie des ſittlichen Wollens beruht. Allerdings aber liegt darin

1) Grundlinien der kriminaliſtiſchen Imputationslehre. S. 11.

wiederum die Fähigkeit zu beidem. Insbeſondere aber liegt darin, was uns hier hauptſächlich intereſſirt, der pſycho-logiſche Quell des Böſen. — Denn dieſes iſt nichts Anderes, als der „Wille, welcher in irgend einer Beſtimmung der ſittlichen Idee, ſei es nun der Einheit ſelbſt oder einem ſeiner Unterſchiede, blind, excentriſch und alle wahre ſittliche Einheit vernichtend ſich bethätigt.“ Wirth I. S. 44. Dabei iſt es denn gleichgiltig, welchen Inhalts der Trieb ſei, an den die ungetheilte Hingabe des Ichs erfolgt. Die Form des Wollens iſt das Gefährliche und Verderbliche; aber die Unfreiheit der Form bedingt auch die Verkehrung des Inhalts, weil in dieſem ſtets die Kontinuität der ideellen Einheit verloren geht. Selbſt die Hingabe an den Trieb unendlicher Liebe verkehrt ſich daher zum Böſen, weil das Ich Knecht des Triebs und damit das an ſich ideale Gefühl in die blinde Wuth der ſelbſtiſchen Begierde hinabgeriſſen wird. Der weſentliche Charakter des natürlichen Willens beſteht daher in dem noch unbezwungenen natürlichen Walten ſeiner Elemente in der Weiſe elementariſcher Kräfte. Tritt am Kinde der Zauber ſeiner Naivität, tritt in der poetiſchen Verklärung der Heroenzeiten ſeine natürliche Erhabenheit und Liebenswürdigkeit hervor, ſo läßt er beim Wilden, beſonders wo dieſer ſich innerhalb eines kultivirten Kreiſes bewegt, auch ſeine dämoniſche Furchtbarkeit und Scheußlichkeit blicken. Immer iſt aber ſein Weſen Unſchuld, und die Schuld fängt immer erſt da an, wo der Wille über das Stadium der Unmittelbarkeit hinauszutreten beginnt. Mit Recht werden deshalb Kinder, völlig wild Aufgewachſene, ganz ununterrichtete Taubſtumme für unzurechnungsfähig erklärt. Die Aktionen ihres Willens ſind ohne Schuld, weil ſie noch ganz dem Stadium der natürlichen Unmittelbarkeit angehören.

II. Der wiſſende Wille.

§. 20.

Während nun aber in der Natur als ſolcher der Gegenſatz in dieſem natürlichen Zuſtande nicht als Widerſpruch zum Bewußtſein kommt, ſo iſt dies im Gemüthe, d. h. in der Naturform des Geiſtes der Fall. Das Streben zur Kontinuität des Begehrens, zum Inſichgehen aus dem Streite der beſtimmten Triebe entzündet ſich hier eben in dem Kampf dieſer Triebe. Der Geiſt iſt an ſich ſelbſt das Streben, aus der unendlichen Beſtimmtheit der Natur heraus in die Einheit zurückzugehen, und eben dies Streben iſt jener Trieb der unendlichen Liebe, der im Gemüthe als Gegenſatz gegen die Mannigfaltigkeit der beſonderen Triebe ſich regt. Die Wahrheit dieſes Triebs nun aber, d. h. die höhere Form, in welcher er ſeine Befriedigung findet, zugleich aber Trieb zu ſeyn aufhört, iſt das Denken. Denkend wird der Geiſt erſt Ich, reine Einheit und Allgemeinheit, die nicht, wie das Gefühl, in ihrer Beſtimmtheit ſich ſelbſt daran giebt und verliert, ſondern vielmehr ihre Beſtimmtheit ſelbſt ſetzt und in derſelben ſich ſelbſt gleich bleibt. Erſt das denkende Ich, das ſich im Unterſchiede von ſeiner eigenen Natur und der Natur auſſer ihm weiß und mit dem Bewußtſein dieſes Unterſchieds auf dieſelbe thätig wird, iſt wirklicher Wille, freier Wille, Selbſtbeſtimmung.

Anm. — „Daß die theoretiſche und die praktiſche Intelligenz wirklich Seiten Einer Totalität ſind, und nicht etwa zwei von einander unabhängige Grundvermögen des Geiſtes, wie man ſie zuweilen bezeichnet, iſt eine faſt allgemein herrſchende Anſicht, welche ſich durch Analyſe der beiderſeitigen Momente beſtätigt. Denn ohne längere Beweisführung leuchtet hier ſogleich ein, daß der Wille das Denken in irgend einer von ſeinen Erſcheinungsformen immer mit enthält, nur dadurch in die innere Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins fällt und ſich vom bloßen

Triebe und der thieriſchen Begierde unterſcheidet. Das Allgemeine iſt weſentlich Produkt des Denkens oder vielmehr der wirklich geſetzte Gedanke ſelbſt, das Selbſtbewußtſein iſt bei ſich und für ſich ſeiende Allgemeinheit der denkenden Subſtanz, und die einfache Koncentration des Ich oder Selbſt iſt das reine Denken ſeiner ſelbſt als einer zu ihrem einfachen Mittelpunkt zuſammengedrängten Allgemeinheit." (Vatke die menſchliche Freiheit. S. 43, 44.)

Dieſes Verhältniß iſt aber wiederum nicht bloß als ein anthropologiſches aufzufaſſen. Auch der abſolute Wille ſetzt das Denken voraus, iſt nur das praktiſche Denken ſelbſt. Denken wir, wie wir müſſen, das Abſolute als unendliche Einheit, und die Weltſchöpfung als den nothwendigen Proceß, um den Begriff dieſer unendlichen Einheit zur Wirklichkeit der Idee zu bringen, ſo iſt es wieder eben nur das Inſichgehen der Allgemeinheit aus der unendlich beſtimmten Beſonderheit, die Koncentration derſelben zur Einzelheit, zur Ichheit, zum Willen, was die Vollendung des Proceſſes ausmacht. Aber dieſe Koncentration ſetzt gleichfalls das Denken voraus, vielmehr ſie iſt ſelbſt nur das aus der unendlichen Beſonderheit ſich in ſich, in die Allgemeinheit reflektirende Denken, welches in dieſem Akte ſelbſt konkrete Allgemeinheit, Ich-Wille wird. Erſcheint aber ſo der Wille als Reſultat des Schöpfungsproceſſes, ſo zeigt er ſich umgekehrt auch als deſſen Grund. Er iſt die Potenz im Abſoluten, die ſich durch die Natur hindurch ſelbſt hervorbringt, und eben deshalb in der fertigen Beſtimmtheit der Natur nicht zur Ruhe kommt, weil ſie erſt als freier Geiſt, als ſchöpferiſcher Wille dasjenige der Exiſtenz nach wird, was in ihrem Begriff liegt.

§. 21.

Hiemit ſind zwei Momente am Willen geſetzt, die ſich

gegenſeitig bedingen, — das Wiſſen und das Wollen in engerem Sinne. Soll nun der Wille fähig ſeyn, in der Beſonderheit ſeiner Beſtimmtheit ſeine Allgemeinheit zu erhalten, ſo muß auch die Seite der Intelligenz an ihm dieſelbe ſchöpferiſche Fortbewegung der Allgemeinheit in die Einzelheit ſeyn. Denn nur dann, wenn die praktiſche Intelligenz ſich ſelbſt zum organiſchen Syſteme gliedert, iſt es möglich, daß der Wille, deſſen Seele ſie bildet, bei ſeiner Einbildung in die Beſonderheit keiner ihm fremden Beſtimmtheit unterliege, vielmehr in allen Beſtimmtheiten, in die er ſich begiebt, nur ſeine ideale Einheit ausgedrückt finden und ausdrücken könne. Dadurch eben unterſcheidet ſich ja der denkende Wille vom natürlichen, daß er nicht mehr, wie dieſer, ſeinen Inhalt vorfindet, ſondern daß er ihn ſelbſt ſchafft. Dieſes Schaffen iſt aber die Sache der Intelligenz. Der Geiſt ſelbſt iſt der zeugende Grund des Inhalts, den er wollend der Welt einbildet. Der ferneren Entwicklung des Willens muß daher als logiſches Prius die Entwicklung der praktiſchen Intelligenz zum organiſchen Syſtem vorangehen, als die Möglichkeit für den wirklichen Willen, ſeinem Begriffe zu entſprechen.

Anm. — Das Weſentliche hiebei iſt dies, daß der denkende Wille nicht eine reine Fortſetzung des natürlichen, ſondern ein Abbruch von demſelben iſt. Dies macht ſeine Freiheit aus, welche zunächſt Selbſtbefreiung von der Unfreiheit des natürlichen Willens iſt. Damit iſt nicht geläugnet, daß auch der denkende Wille ſeinen Inhalt irgendwie am natürlichen vorfinde. Allerdings iſt das Gemüth der mütterliche Schooß aller Sittlichkeit. Aber der denkende Wille findet ſeinen Inhalt im Gemüthe nur der Potenz nach, um ihn ſofort als einen ganz neuen zu erzeugen, nicht etwa bloß formell zu verarbeiten. Er iſt der Schöpfer einer neuen Welt, im Individuum, wie in der Menſchheit. „Da nun aber der Geiſt im einzelnen

Menſchen und in der ganzen Menſchheit einen langen Weg zu durchlaufen hat, um ſich als wirkliche Intelligenz hervorzubringen, da viele Individuen dieſe Stufe gar nicht oder nur in getrübter Weiſe erreichen, da ferner die Zufälligkeit vieler empiriſcher Erſcheinungen nicht geſtattet, daß bei irgend einem Individuum der Begriff des Willens in der ganzen Maſſe der einzelnen Willensakte realiſirt wäre, ſo entſtehen dadurch viele Erſcheinungsformen des Willens, in denen die einfache Identität der Begriffsmomente irgendwie aufgehoben oder zerriſſen iſt." (Vatke a. a. O. S. 57, 58.) In der letzteren Bemerkung liegt der Keim mehrerer ſehr wichtigen kriminaliſtiſchen Sätze, insbeſondere in der Lehre von der Zurechnung. Indeſſen wird auch gezeigt werden, daß die Freiheit, von der das Strafrecht auszugehen hat, keineswegs deren vollendete Form iſt, mithin auch nicht die vollendete Intelligenz vorausſetzt, welche zur ideellen Totalität des Willens gehört.

Die Darſtellung der Entwicklung der praktiſchen Intelligenz zu einem organiſchen Syſteme, oder die Konſtruktion der idealen Welt der praktiſchen Vernunft, ſowie der verſchiedenen Formen, in welche die Intelligenz des Willens als ſeine Vorausſetzung ſich auseinanderlegt, gehört nun aber zu unſrem Zwecke nicht näher, daher ſie hier übergangen wird. Was wir hier als Reſultat feſtzuhalten haben, iſt nur das Allgemeine: daß der wirkliche Wille die Intelligenz in irgend einer ihrer Formen zu ſeiner Vorausſetzung, vielmehr zu ſeiner Seele hat, daß er nur dem aus der Natur zu ſich ſelbſt kommenden Geiſte angehört, und eben deshalb Freiheit iſt. Wenn nun aber allerdings dieſe Freiheit nur durch den beſtimmten Akt des Sichunterſcheidens des Geiſtes von der Natur überhaupt geboren wird, ſo iſt ſie deshalb doch nicht mit Einem Schlage da, ſondern hat einen Bildungsproceß

zu durchlaufen, zu deſſen Betrachtung wir uns nun wenden.

§. 22.

Das Denken ſetzt alſo ſelbſt die ideale Welt des Willens als die Wahrheit, der die Erſcheinung entſprechen ſoll. Aber eben mit dem Denken iſt ſogleich auch der Wille geſetzt, weil ohne ihn das Denken ein Widerſpruch in ſich wäre. Denn indem der Geiſt als Intelligenz das Weſen der ſittlichen Welt ſetzt, gleichwohl aber als Intelligenz ruhige Allgemeinheit in ſich bleibt, ſo iſt dieſes Weſen leeres Weſen, bloßes Ideal, abſtrakter Begriff, dem die Exiſtenz fehlt, während es doch gerade im Begriffe des Weſens liegt, zu erſcheinen, Princip der Exiſtenz zu ſein. Dieſer Widerſpruch ſollicitirt nun den Willen, als die Thätigkeit, das Weſen in die Exiſtenz zu ſetzen, und die empiriſche Exiſtenz zur Erſcheinung des Weſens zu machen. Hiemit iſt aber der Wille nur die ſich ſelbſt bethätigende Intelligenz. Ebenſo iſt aber auch andrerſeits das Denken (abgeſehen von der endlichen Erſcheinung deſſelben, die allerdings eben ſo unwillkührlich iſt, als der Blutumlauf) Reſultat des Willens, da nur dieſer mit ſeiner gegen die empiriſche Exiſtenz negativen Energie das Denken zum wirklichen Akt machen und als ſolchen gegen die Macht der Vorſtellungen, Gefühle, Begierden erhalten kann. Denken und Wollen ſind hiemit unterſchieden, gleichwohl aber nur Seiten Einer Einheit, die ſich gegenſeitig hervorbringen. Eben vermöge dieſes Proceſſes aber, in welchem der Geiſt ſein Weſen ſelbſtthätig zur Exiſtenz bringt, iſt derſelbe frei, und Freiheit und Willen ſind eins und daſſelbe. (Vatke a. a. O. S. 42—53.)

§. 23.

Dieſe ſeine Freiheit hat eine negative und eine poſitive Seite. Die erſte liegt darin, daß der Geiſt von ſeiner eigenen inneren und von der äuſſeren Natur ſchlechthin abſtrahiren, den Zuſammenhang ſeines Weſens mit der Natur durchbrechen

und ſich ſelbſt ſetzen kann. Die zweite liegt darin, daß er ſich ſelbſt ſeinen Inhalt, ſich ſelbſt als den Grund und die Macht ſeiner Exiſtenz ſetzen kann, ſo zwar, daß es eben ſein Weſen als Geiſt iſt, das, was er ſetzt, auch nicht ſetzen zu können, mithin gegen ſein eigenes Weſen negativ zu ſeyn. Beide Seiten ſind eins; denn wäre der Geiſt nicht dieſe Macht, ſich ſchlechthin zu ſetzen, ſo wäre er nicht abſolute Macht gegen die Natur. Aber freilich iſt dieſe reine Freiheit auch nur erſt der abſtrakte Begriff der Freiheit.

§. 24.

Die Elemente des Begriffs des Willens, die reine Allgemeinheit der Form, und die beſtimmte Beſonderheit des Inhalts, waren im natürlichen Willen noch unmittelbar Eins. Das erſte Element wurde daher vom zweiten abſorbirt, der Geiſt erſchien als durch ſeine eigene Natur determinirt und eben deshalb unfrei. Mit dem Erwachen der Freiheit im endlichen Willen müſſen ſich daher nun jene beiden Seiten des Willens dirimiren. Der Geiſt bricht mit der Natur und ſetzt hiemit den Grundgegenſatz der freien Ichheit und der natürlichen Nothwendigkeit, welche er als ſolche zu überwinden trachtet. Indem hiemit beide Elemente ſich abſtoßen, kommen ſie freilich in Wahrheit nicht auseinander, da jedes das andere vielmehr fordert, wie denn auch der empiriſche Wille wirklich in keiner Geſtalt ein abſtraktes Auſſereinander beider Seiten zeigt. Gleichwohl iſt die Diremtion ein nothwendiges Stadium in der Entwicklung des Begriffs, wie denn auch alle Beſtimmungen, die ſofort in beiden Sphären auftreten, der Welt des natürlichen Willens gegenüber den Charakter der Gegenſätzlichkeit und Relativität an ſich tragen.

A) Die Formen der Freiheit.

§. 25.

Die Freiheit wird durch das Denken an's Licht gebracht. Mit dieſem tritt der Geiſt aus der Unmittelbarkeit ſeines

Weſens auf den Standpunkt der Differenz des Geiſtigen und Natürlichen und wird dadurch wirklicher Wille, Freiheit. Der reine Begriff der Freiheit iſt aber nichts, als die Selbſtbethätigung des reinen Denkens, weil nur als dieſes Denken der Geiſt abſolut bei ſich, frei von allem fremden Inhalte, zugleich aber dieſes Denken ein rein vom Geiſte geſetzter Akt iſt. Dieſe reine Freiheit iſt die Bedingung alles wirklichen Wollens.

1. Die reine Freiheit.

§. 26.

Sie iſt die in der höchſten Abſtraktion gedachte reine Form des Willens der Erſcheinung. Eben aber, weil ſie Moment des wirklichen Willens iſt, ſo iſt ſie nicht mehr reine Negation des Inhalts überhaupt, ſondern nur alles dem Ich als ſolchen fremden Inhalts. Dagegen ſetzt ſie allerdings den Inhalt an ſich ſelbſt, aber nur mit der Beſtimmung, daß er durch ſie ſelbſt und aus ihr ſelbſt geſetzt ſei. So abſtrakt dieſe Beſtimmung iſt, ſo enthält ſie doch die Hauptſache, ohne welche es keine Realität des Willens gäbe.

§. 27.

Eben die Forderung aber, daß der Inhalt nur aus dem abſtrakten Ich und durch daſſelbe geſetzt ſei, iſt vorerſt nur Forderung, und hiemit noch die Möglichkeit vorhanden, daß die Selbſtbeſtimmung nicht wahrhafte Selbſtbeſtimmung, ſondern bloßer Schein derſelben, hiemit die Totalität des Begriffs nur formell realiſirt ſei. Dieſe Möglichkeit wird nur dann aufgehoben, wenn das Ich ſelbſt nicht mehr abſtraktes Ich, ſondern zu vernünftiger Totalität vermittelt iſt. Dazu bedarf es aber bei dem endlichen Ich eines langen Proceſſes, der mannigfach äuſſerlich und innerlich bedingt iſt.

§. 28.

Gleichwohl iſt der endliche Wille als ſolcher nicht bloß ſolche formelle Freiheit, da derſelbe in der That nie bloße

Formbewegung, vielmehr das Ich immer von einem Inhalt erfüllt iſt, wenn auch dieſer Inhalt noch nicht konkrete Vernünftigkeit iſt. Sobald aber das Ich überhaupt denkt, ſo iſt es auch freier Wille, wenn auch noch nicht wahrhaft freier Wille. Seine Selbſtbeſtimmung iſt, wenn auch nicht der Idee gemäß, doch Selbſtbeſtimmung, Koncentration des Ichs in ſeine Allgemeinheit und Beſtimmung des Inhalts aus dieſer Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins heraus; und es iſt ſofort nur der Proceß der inneren Bildung des Ichs und der Weltbildung, wodurch ſich der das Ich erfüllende Inhalt immer mehr zur gediegenen Fülle der Vernünftigkeit erhebt.

§. 29.

Die reine Freiheit iſt daher für ſich noch nicht die wahre Freiheit, ſondern nur ein Moment im Entwicklungsproceß derſelben, aber dasjenige, ohne welches die Freiheit überall nicht zur Realität kommen könnte. Für ſich iſt ſie eine wiſſenſchaftliche Abſtraktion, und wo ſie in der Realität abſtrakt auftritt, ihr eigener Widerſpruch, da ſie ſich vielmehr als die Unfreiheit ſelbſt erweist. Denn ſobald ſie ſich als das Abſolute ſetzt, ſo negirt ſie nun allen Inhalt, der nicht mit ihrer Form ſelbſt zuſammenfällt, und wird als bloße Abſtraktion vom Endlichen ſelbſt endlich. Denn das abſtrakte Ich, das nur ſich ſelbſt ſetzt, ſetzt in Wahrheit nichts, und muß den Inhalt, den es negirt, entweder vernichten oder bei ihm betteln gehen.

Anm. — Man iſt durch die berühmten Aeuſſerungen von Hegel (§. 5) verführt worden, die reine Freiheit als bloß formelle, negative, Verſtandesfreiheit ſehr über die Achſel anzuſehen, und iſt dadurch in die Gefahr gerathen, dem Determinismus in die Hände zu fallen. Will man letzteres vermeiden, ſo muß man die reine Freiheit in ihr Recht einſetzen, und ihren Begriff in ſeinem vollen Umfange gelten laſſen, der ihm freilich auch bei Hegel nicht gegeben iſt. Denn, indem dieſer ſie nur negativ

als reine Abſtraktionsfähigkeit von allem Inhalte beſtimmt, ſo iſt das poſitive Moment, das die reine Freiheit enthält, die Forderung des Inhalts als eines aus dem Ich und durch das Ich geſetzten, nicht gewürdigt. Nur beides zuſammen macht aber den Begriff der reinen Freiheit aus, die freilich nur eine wiſſenſchaftliche Abſtraktion und für ſich unwahr iſt. Gleichwohl jedoch iſt ſie der innerſte Puls des Willens, und ohne ſie alle weitere Evolution der Freiheit nicht denkbar. Darin liegt das ewige Moment des ſubjektiven Idealismus, welcher eben die reine Freiheit kultivirt hat, aber freilich den Begriff in dieſem Stadium hat ſtehen laſſen. — Soll überhaupt ein Wollen zu Stande kommen, in welchem das Ich, unabhängig von aller äuſſern und innern Macht, ſich rein aus ſeinem Weſen beſtimmt, ſo zwar, daß auch dieſes Weſen durch das Ich ſelbſt geſetzt iſt, ſo iſt es ſchlechthin nöthig, daß das Ich den Akt der reinen Freiheit vollziehe, daß es ſich zum reinen Denken, zur Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins erhebe, um, was es wollend ſetzen mag, nur aus dieſem zu ſetzen. Der Akt des reinen Denkens iſt aber auch ſelbſt der Akt der reinen Freiheit, der Selbſtbefreiung des Ichs von der Natur, wenn gleich damit der Proceß der wahren Freiheit noch nicht vollendet iſt, ſondern nur erſt beginnt. Denn freilich iſt empiriſch die Intelligenz nicht ſogleich konkrete Vernünftigkeit, ſondern erhebt ſich nur ſtufenweiſe zu ihr. Der Geiſt ſcheidet ſich zwar von der Natur und meint ſie durch die bloße Freiſprechung ſeiner ſelbſt überwunden zu haben, während der Inhalt, womit er ſich ſelbſt erfüllt, noch keineswegs ihm ſelbſt angehört und ſein beſchränktes Denken, in Wollen umgeſetzt, eben daher ſelbſt nur ein endliches und beſchränktes Reſultat iſt, das er nur für ein freies hält, während es in Wahrheit das Gegentheil iſt. Es braucht Zeit, bis der Geiſt

das abſolut Allgemeine zu denken, das Weſen des Univerſums als das Ich ſelbſt zu begreifen und ſofort dieſes als den Inhalt ſeines Selbſt, als ſeine eigene That zu ſetzen vermag. Es braucht dazu einer vielfältig bedingten Bildung. Aber gleichwohl iſt ſchon mit dem Anfange dieſes Proceſſes der Wille wirklich frei, wenn gleich ſeine Freiheit noch nicht wahre Freiheit iſt. Der Menſch muß daher auch von da an für ſeine Handlungen einſtehen. Denn in der reinen Freiheit iſt immer die Negation aller anderweitigen Beſtimmung, und die Poſition der ſchlechthinigen Selbſtbeſtimmung enthalten. Auch da nämlich, wo der Inhalt des Selbſtbewußtſeins noch nicht zu vernünftiger Totalität vermittelt iſt, das Ich ſeinen wahrhaften Inhalt von dem ihm gegebenen oder durch einſeitige Thätigkeit erzeugten noch nicht klar unterſcheidet, auch ſeine Natur zur Fülle ſeines Selbſts rechnet, iſt gleichwohl die ganze Thätigkeit dem Ich angehörig, es beſtimmt ſich mit dem Bewußtſein der völligen Unabhängigkeit, und in dieſem Sinne beſtimmt es ſich aus ſich ſelbſt und durch ſich ſelbſt; daher denn auch der endliche Wille nicht anerkennt, daß er von ſeinen Begierden, Leidenſchaften beſtimmt werde, ſondern immer dem Ich, der Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins den Beſchluß zurechnet. Wie formell und unwahr auch dieſe Freiheit der vollendeten Idee der Freiheit gegenüber erſcheinen möge, ſo iſt ſie doch immer Freiheit; denn das Bedingtſein von Auſſen verſchwindet im Reſultate; in der Vermittlung des gegebenen Inhalts durch das Denken ſtreift das Ich dem Inhalt ſeine Aeuſſerlichkeit ab, erklärt ihn für den ſeinigen und ſetzt ſich unabhängig von ihm. Ebenſo iſt es nur Sache des Willens ſelbſt, ob er den Akt des reinen Denkens vollziehen und ſich darin behaupten, oder ob er das Ich in die Gewalt ſeiner Natur zurückfallen laſſen will. Der

Wille iſt keine natürliche Kraft, die etwa ein Subjekt in größerer Energie haben könnte, als das andere. Er erſcheint zwar in der Naturform als Trieb, und kann hier allerdings von größerer oder geringerer Intenſität ſeyn. Aber ſo iſt er eben noch nicht Wille. Damit er dies werde, muß gerade jene Naturform gebrochen, die Geſtalt des Triebs aufgehoben, die Befangenheit des Geiſtes in der Sinnlichkeit negirt werden. Nur durch dieſe Negation, durch dieſen Akt des Sichſelbſtſetzens des Geiſtes entſteht der Wille aus dem Triebe, nicht als ein bloß Mehreres, ſondern als ein qualitativ Anderes, als Gegenſatz zu ſeiner Naturform. Dieſe, durch das Weſen des Denkens beſtimmte, idealiſtiſche Natur hat die Freiheit von Anfang an; ſie verliert ſie aber auch nicht mehr bis zur Vollendung ihrer Idee. Denn, könnte dies je der Fall ſeyn, ſo müßte ihr Begriff von Anfang an aufgegeben und dem Determinismus zugeſtimmt werden. Allerdings beſteht die wahre Freiheit nur darin, daß der Geiſt ſich aus ſeinem Weſen und durch ſein Weſen beſtimmt. Allein dieſes Weſen muß durch ihn ſelbſt geſetzt ſeyn. Er verhält ſich zuerſt negativ gegen das Weſen, um es aus ſich ſetzen zu können. Dies eben iſt das wahre Weſen des Geiſtes, der durch und durch Freiheit iſt.

2. Die Willkühr.

§. 30.

Macht die reine Freiheit im Willen der Erſcheinung das erſte Moment ſeines Begriffs aus, ſo treibt der Mangel, der in der reinen Freiheit liegt, ſofort auch ſein zweites hervor, die Beſtimmtheit des Inhalts. Ebenſo aber, wie in der reinen Freiheit nicht mehr die reine Form allein, ſondern dieſe in der Beziehung auf den Inhalt geſetzt war, ſo handelt es ſich jetzt nicht mehr um den reinen Inhalt allein, ſondern

um denſelben in Beziehung auf die Form. Beſtand nun das Mangelhafte der reinen Freiheit darin, daß ſie in ihrer Abſtraktion die Unbeſtimmtheit ſelbſt als ihre Beſtimmtheit ſetzte, ſo wird die zweite Form der Freiheit das Weitere enthalten müſſen, daß nunmehr der Wille aus dem Unbeſtimmten wirklich das Beſtimmte ſetzt, aber ſo, daß er von der geſetzten Beſtimmtheit ſich frei weiß. Dieſe Form iſt die Willkühr.

§. 31.

In der Willkühr vollzieht ſich hiermit zunächſt die in der reinen Freiheit nur als Forderung liegende Poſition des Beſtimmten aus dem Unbeſtimmten. Aber, ſofern beides noch als unterſchieden geſetzt iſt, vollzieht ſich die Forderung noch nicht auf die dem Begriff des Willens angemeſſene Weiſe. Auch dieſe Form der Freiheit iſt daher eine wiſſenſchaftliche Abſtraktion, die für ſich noch nicht die wahre Freiheit, wohl aber ein weſentliches Moment in ihr iſt. So wenig die reine Freiheit in ihrer Abſtraktion mit dem Begriff des endlichen Willens zuſammenfällt, da dieſer nie reine Formbewegung iſt, ſelbſt wo er es ſeyn will, ebenſowenig erſchöpft jenen Begriff die Willkühr, da das endliche Ich eben ſo wenig reine Indifferenz ſeiner Beſtimmungsgründe, als abſtrakte Indifferenz gegen alle Beſtimmungsgründe iſt. Gleichwohl iſt die Willkühr, wie die reine Freiheit, ein weſentliches Moment im endlichen Willen, der ſich ohne ſie nicht zur wahren Freiheit hindurchſchlagen kann. Wie die reine Freiheit beim endlichen Willen überhaupt eintritt, ſobald der Geiſt ſich zum reinen Denken ſeiner ſelbſt im Unterſchiede von der Natur erhebt, ſo tritt nun ſofort auch die Willkühr bei ihm ein und bildet die charakteriſtiſche Form des Willens ſo lang, bis er zur Einſicht der Nothwendigkeit, ſeine konkrete Allgemeinheit als ſeine Beſtimmtheit zu ſetzen, hiemit zur abſoluten Freiheit gelangt. Auch die Willkühr entſteht aber, wie die reine Freiheit, nicht als ein plötzlicher Akt, ſondern iſt Reſultat eines Bidungs-

proceſſes, freilich jedoch ſo, daß auch hier das Bedingtſein im Reſultate verſchwindet, das niemals Naturwirkung, ſondern gerade nur Negation dieſer ſeyn kann.

§. 32.

Der Inhalt, welcher nun mit dem Begriffe der Willkühr geſetzt iſt, hat noch keine konkretere Beſtimmtheit, als die, Inhalt des endlichen Willens überhaupt zu ſeyn. Die Form iſt Poſition, in welcher das Ich vom Geſetzten frei bleibt. In erſterer Beziehung iſt nun ein Gedoppeltes möglich: der Inhalt kann ein natürlich Gegebenes oder ein ſchon vom Geiſte ſelbſt Producirtes ſeyn. Die Willkühr in Beziehung auf den natürlich gegebenen Inhalt iſt jedoch nichts Andres, als die ſchon betrachtete reine Freiheit, dieſe in ihrer Entſtehung gedacht. Willkühr iſt hier nur die Möglichkeit des Geiſtes, den Akt ſeiner Unterſcheidung von den Trieben zu behaupten, oder nicht zu behaupten, überhaupt Wille zu bleiben oder in die Knechtſchaft zurückzuſinken, aber nun nicht mehr mit Unſchuld, ſondern mit Schuld. Mit dem erwachenden Denken nämlich tritt der Widerſpruch des Geiſtes gegen ſeine Natur ein. Der Geiſt weiß ſich nun der Macht der Triebe gegenüber, und was den unvermeidlichen Kampf entſcheiden kann, iſt allein der Wille. Er iſt das Dritte zwiſchen dem Denken und Trieb, die reine Form, die entweder das Denken zu ihrem Inhalt macht, oder den Trieb, aber an ſich noch Indifferenz gegen beides, mithin Wahl iſt. Da der Geiſt nun ſelbſt ſowohl Intelligenz, als Trieb iſt, ſo iſt dieſe Wahl nicht etwa ein beliebiges Schaffen des Einen oder des Andern, ſondern ſie iſt nur die Möglichkeit des Geiſtes, ſich energiſch in der einen oder andern Beſtimmtheit zu halten.

§. 33.

Wie nun hier der Geiſt ſich entſcheide, ſo iſt ſeine Poſition eine weſentlich unterſchiedene von der Beſtimmtheit des natürlichen Willens. Während dieſer nämlich in jeder ſeiner

Beſtimmtheiten ſchlechthin der Natur unterworfen, ſomit immer in Einem Triebe befangen, daher endlich und begrenzt, im Guten wie im Böſen dieſelbe Unſchuld iſt, ſo iſt der Geiſt nun als wirklicher Wille die Idealität des Gegenſatzes, das Wiſſen um den Unterſchied, daher über die Endlichkeit der Beſtimmtheit übergreifende Unendlichkeit. Er ſelbſt ſetzt das Entweder — Oder, und iſt ſo nicht nur Wahl zwiſchen Gutem und Böſem, ſondern das Vermögen des Guten und Böſen ſelbſt, das beides erſt durch ſeine Poſition zur Realität gelangt.

§. 34.

Dieſelbe Form der Willkühr kontinuirt ſich nun aber auch in den gegen ſeine Natur ſelbſtändigen Geiſt fort, als die der verſtändigen Reflexion entſprechende Form des Willens. Sie iſt hier die Wahl zwiſchen verſchiedenen vom Denken ſelbſt geſetzten Beſtimmungen, in Beziehung auf welche das Ich ſich als ideale Allgemeinheit verhält, während es doch eine davon wirklich ſetzt. Der Proceß dabei iſt dieſer: Das Ich, das ſich in irgend einem praktiſchen Verhältniſſe zum Handeln aufgefordert fühlt, iſt zunächſt Denken dieſes Verhältniſſes und näher Reflexion über die verſchiedenen Seiten und Momente deſſelben, hiermit Abwägung von Beſtimmungsgründen, Vorſtellung einer beſtimmten Reihe von Möglichkeiten, gegen welche, eben als bloße Möglichkeiten, das denkende Ich ideale Allgemeinheit, Indifferenz bleibt. Eben dieſes Abwägen und unſchlüſſige Schwanken iſt aber ein Zeichen der Willenloſigkeit, des energieloſen Denkens. Die Entſcheidung iſt mithin Sache des Willens, als der vom Denken an ſich zu unterſcheidenden Energie des Ichs, vermöge deren dieſes den Drang empfindet, etwas Beſtimmtes zu ſetzen. Es findet dies hier ganz auf die gleiche Weiſe ſtatt, wie bei der Wahl zwiſchen den Trieben und der Vernunft, der Wille iſt die Bewegung, wovon die Entſcheidung ausgeht, die reine, an ſich noch inhaltsloſe Energie des Ichs, ſich irgendwie auf beſtimmte

Weiſe zu ſetzen. Nur das Reſultat iſt hier ein Andres, ſofern es ſich hier nur um eine Entſcheidung zwiſchen verſchiedenen vom Denken ſelbſt geſetzten Möglichkeiten handelt. Indem nun das Ich jener Bewegung des Willens ſich bewußt wird, kann es nur irgend eine der von ihm zuvor geſetzten Möglichkeiten herausnehmen und dem Willen zum wirklichen Inhalt geben, was denn eben den Entſchluß ausmacht. Die Wahl iſt hiernach ebenſo durch das Denken beſtimmt, als auch nicht beſtimmt. Daß überhaupt eine Wahl zu treffen iſt, hat ſeinen Grund im Denken; aber die beſtimmte Wahl iſt grundlos; es waren im Denken ebenſowohl auch andre Möglichkeiten geſetzt, die ebenſogut die Wahl hätten treffen können.

§. 35.

Die Freiheit iſt nun aber, wie geſagt, bei beiden im Vorigen unterſchiedenen Arten der Wahl die gleiche. Das zu ſeinem Selbſtbewußtſein gelangte Ich iſt ebenſo ideale Allgemeinheit gegen die Macht des Triebs, als gegen die beſondern vom Denken geſetzten Beſtimmungsgründe. Die Entſcheidung iſt beide Male eine Sache, die formelle Energie des über den Möglichkeiten ſchwebenden Ichs, das zwar zu irgend einem Inhalt, aber weder zu dieſem, noch zu jenem greifen muß. Auch da, wo das Ich zwiſchen Vernunft und Trieb ſteht, iſt der Trieb nicht mehr unmittelbar beſtimmende Macht, wie im natürlichen Willen, ſondern zu einer Denkbeſtimmung vermittelt, welche als ſolche dem Entſchluſſe vorſchwebt. Wenn das Ich hier dem Triebe folgt, ſo war freilich ſein Denken und Wollen ein verkehrtes und das Reſultat der freien Wahl iſt die Unfreiheit des Ichs. Aber das ſelbſtbewußte Ich war doch die Möglichkeit auch des Gegentheils, es hat ſich freiwillig in die Unfreiheit zurückſinken laſſen. Daſſelbe grundloſe Wollen, dieſelbe Indifferenz des Ichs gegen die beſtimmten Möglichkeiten ſeiner Wahl bleibt aber dem Willen auch dann noch immanent, wenn er über die reine

Form der Willkühr hinaus und wahre Freiheit iſt. Zwar wird dann die Sphäre der reinen Willkühr auf das an ſich ſelbſt Indifferente und Zufällige beſchränkt. Aber gleichwohl bleibt ſie eine nothwendige Form des Willens, ohne welche die Freiheit zum Naturorganismus herabſinken würde. Denn ſo wenig das Ich ſchlechthin Indifferenz gegen ſeine Beſtimmungsgründe iſt, was einen hohlen, alles Inhalts entleerten Hintergrund des Selbſtbewußtſeins vorausſetzen würde, ebenſowenig darf aus dem Begriffe der Freiheit, als der Selbſtbeſtimmung, jemals dieſes Moment wieder verloren gehen, welches eben die ideale Allgemeinheit des Ichs gegen allen möglichen Inhalt ſeiner Beſtimmtheit ausdrückt.

Anm. — „Wirft man aus der vollendeten Freiheit, wobei das Ich identiſch geſetzt iſt mit der zu vernünftiger Allgemeinheit verklärten Seite ſeines Inhalts, das Moment der Wahlfreiheit heraus, theils daß das Subjekt ſeine frühere Vermittlung durch die Willkühr hindurch vergäße, theils daß ihm die Möglichkeit und deren Bewußtſein entzogen würde, aus jener konkreten Identität herauszutreten, — ſo macht man eben damit die freie Dialektik des Willens wieder zur ſtarren Nothwendigkeit, nimmt ihr die Beweglichkeit der Subjektivität und den Nerv der Freiheit. Die Selbſtbeſtimmung hat überhaupt nur in dem Sinne Bedeutung, daß damit eine Energie des Freien ausgeſagt wird; dieſe fiele aber weg, wenn eine unmittelbare Einheit des Nothwendigen und der formellen Freiheit ſtattfände; letztere wäre Schein, und das Ganze nur eine andere Geſtalt der immanenten Zweckmäßigkeit der Naturobjekte. Ohne Willkühr gibt es daher keine wahre Freiheit. Im empiriſchen Leben tritt auſſerdem die Willkühr in allen Verhältniſſen und Beziehungen mit vollem Rechte ein, wo das Subjekt ſich nicht durch die vernünftige Allgemeinheit der Ueberzeugung

beſtimmen kann. So gewiß in aller Erſcheinung ein Objektivnothwendiges und Vernünftiges enthalten iſt, ebenſo gewiß ein Zufälliges, da beide Seiten nur durch ihren Unterſchied und Gegenſatz denkbar ſind, und die eine unmittelbar mit der Vernichtung der andern verſchwindet." (Vatke a. a. O. S. 70. 71.). —

So ſehr Recht der Determinismus gegenüber der flachen Verſtandesanſicht hat, welche den Begriff des Willens in dem der Willkühr abſchließt, ſo wenig treffen doch ſeine Einwürfe die obige Darſtellung. Derſelbe hat Recht, wenn er behauptet, daß die bloß formell gefaßte Freiheit die Unfreiheit ſelbſt ſei, da das bloß formelle, in der Abſtraktion von dem gediegenen Hintergrunde ſeines Selbſtbewußtſeins aufgefaßte Ich allerdings nothwendig von den empiriſch gegebenen Elementen abhängig bleibt. Die Möglichkeit eines ganz formellen Wahlakts zugegeben, ſo könnte ein ſolcher doch nur Einmal gedacht werden, da mit dem Reſultate deſſelben der gewählte Inhalt als mit beſtimmend hinzuträte und hiemit die reine Spontaneität aufhöbe. Allein ſelbſt jene Möglichkeit muß geläugnet werden, da ein ſolcher Wahlakt in ſich ganz zufällig und in Wahrheit vielmehr das rein formelle Ich dem Impuls der gegebenen Elemente unterworfen wäre. Allein das iſt eben der Irrthum, daß das Ich irgend einmal ohne Inhalt ſeyn müſſe. „Wenn das Ich in der Weiſe der reinen Abſtraktion als erſtes Moment des Willens auftritt, ſo hat es ſchon durch den theoretiſchen Proceß des Bewußtſeins und eine Reihe halbbewußter Willensakte einen relativerfüllten Kern erhalten, von dem das reine Ich die einfache Form der Allgemeinheit iſt. Das klare Selbſtbewußtſein iſt keineswegs mit Einem Schlage da, ſondern nur als Reſultat ſtetiger Vermittlung zu denken; deshalb iſt denn auch die Willkühr in ihrer reinen

Begriffsform als empiriſcher Zuſtand undenkbar. So lange man die abſtrakte Vorſtellung von einem erſten Wahlakte feſthält, wird man den Determinismus nie wahrhaft überwinden.“ Eben darum hat nun aber auch umgekehrt gegen die obige Darſtellung der Determinismus ſein Recht verloren. Er läugnet die Wirklichkeit freier Selbſtbeſtimmung, und behauptet vielmehr daß der Wille immer durch etwas von ihm ſelbſt Verſchiedenes, ſei dies nun ein empiriſch Gegebenes, wie die Triebe, die äuſſern Umſtände, oder ein Innerliches, wie das Vorſtellen, die vernünftige Einſicht ꝛc. ꝛc., beſtimmt werde. Die erſtere Form laſſen wir hier noch dahin geſtellt ſeyn, da ſich weiter unten nähere Gelegenheit ergeben wird, ihre Unwahrheit aufzuzeigen. Was aber die zweite betrifft, ſo gehört ihre Beſprechung allerdings hieher. Wenn nun in ſeinen beſonneneren Vertretern der Determinismus zugiebt, daß der Geiſt auch im Sturme der Triebe, der Affekte die Fähigkeit habe, ſich nicht zu verlieren, bei ſich zu bleiben, ſo könnte man ihn ſogleich beim Worte nehmen, und fragen, ob er ſich denn wirklich eine ſolche ideelle Energie als bloße Naturgabe, als bloßes Reſultat äuſſerer Umſtände denken könne, während doch letzteres der Determinismus ſelbſt nicht als ausſchließlich ſtatuirt, erſteres aber unbegreiflich iſt, da in jener ideellen Energie des Geiſtes gerade der Akt ſeiner Negativität gegen ſeine Natur liegt? Aber freilich iſt hierauf der Determinismus mit der Antwort bereit, daß der Wille vom Wiſſen determinirt werde, und er macht den Gegenvorwurf, daß die Willkühr, als ein Wollen ohne Denken, pſychologiſch undenkbar ſei. Eben dieſer Vorwurf jedoch trifft die obige Darſtellung nicht, da dieſe gerade davon ausgeht, daß der Wille durch die Vermittlung des Denkens ſich beſtimme, und nun nur den Satz aufſtellt, daß derſelbe keineswegs

mit Nothwendigkeit gerade durch dieſen oder jenen beſonderen Beſtimmungsgrund determinirt würde. Ebenſo unrichtig iſt nun aber auch die poſitive Behauptung des Determinismus, daß der Wille mit Nothwendigkeit durch das Wiſſen beſtimmt werde. „Dies erhellt vor Allem aus dem Falle, wenn die Ueberlegung in ſich ſelbſt unentſchieden iſt, wo dann der Impuls zur Entſcheidung allein vom Willen ausgeht, der zur That, aber zu irgend einer eilt. Die einzige Ausflucht, welche hier dem Determinismus noch möglich iſt, und auf welche er ſo oft rekurrirt, daß hier dennoch irgend ein, vielleicht bewußtloſer, Gedanke die Entſcheidung herbeiführe, trifft, wenn gleich in manchen Fällen, doch in jenen nicht zu, deren Einfachheit ein ganz klares Bewußtſein ihrer Beziehungen und doch eine Mannigfaltigkeit der Akte für daſſelbe Bewußtſein, damit den Willen zuläßt. Allein, auch daß der Wille gegen das vernünftige Bewußtſein für die von dieſem verworfene Luſt ſich entſcheiden könne, — dieſe Thatſache iſt ſo evident, daß der beſonnene Determinismus ſie zugiebt, und nur, um die darin ſich manifeſtirende Freiheit des Willens wegzuraiſonniren, ſie verſchieden zu erklären verſucht, entweder, indem er behauptet, daß Jemand bei vernünftigem Bewußtſein ſich dennoch für das Böſe entſcheide, ſei ein Beweis von einer doch im Momente der That den Willen beſtechenden falſchen Imagination der Luſt, oder aber indem er behauptet, jene Thatſache beruhe auf einer urſprünglich verſchiedenen Kräftigkeit des Willens. Wenn in dieſer lezteren Ausflucht der Wille mit Recht als eine vom Wiſſen unterſcheidbare Thätigkeit zugegeben iſt, ſo iſt dagegen das Mangelhafte dabei, den Willen als eine Naturkraft ſich zu denken. Was aber das erſtere betrifft, ſo wird allerdings manches Vergehen unter dem Scheine des Guten begangen; geht

aber das vernünftige Bewußtſein ſeinem Entſchluſſe und ſeiner Ausführung wenigſtens voran, was bei dem wirklich zurechnungsfähigen Vergehen der Fall iſt, ſo iſt dies, daß der Geiſt an die Luſt Konceſſionen macht, wodurch er allerdings auch ihrer Sophiſterei nothwendig verfällt, nur die Schuld ſeines Willens, der ſich energiſch auf die Seite der in's Bewußtſein getretenen Idee ſchlagen kann, aber auch nicht." (Wirth. I. S. 72. 73. vgl. Vatke S. 77. 78.)

3. Die abſolute Freiheit

§. 36.

Die Willkühr hat nun aber ihre Endlichkeit darin, daß ſie den beſonderen Inhalt eben nur als beſonderen ſetzt, und nicht als allgemeinen, vielmehr ſich gerade damit begnügt, den nur beſondern Inhalt ſtatt des allgemeinen geltend zu machen. Dadurch ſetzt ſie das Weſentliche zum Zufälligen herab und geräth entweder, wenn das Ich während des Handelns des Rechts der weſentlichen Allgemeinheit des Verhältniſſes ſich bewußt wird, in die Schwäche und das innere Zerwürfniß des Nichtwollenkönnens hinein, oder, wenn das Ich im Leichtſinn und Uebermuth den Knoten zerhaut, endet ſie in der Qual der Reue, des nachkommenden Bewußtſeins der weſentlichen Potenzen der Idee.

§. 37.

Aus dieſem Widerſpruche heraus beſtimmt ſich denn endlich der Wille dazu, die Allgemeinheit ſelbſt als ſeine Beſtimmtheit zu ſetzen, in jedem praktiſchen Verhältniſſe deſſen weſentlichen Inhalt, ſeinen Begriff zu erkennen und zu verwirklichen. So iſt er die abſolute Freiheit, unendliche, über alle Schranken der Endlichkeit übergreifende Allgemeinheit. Sein Inhalt fällt mit der Objektivität der Sache ſelbſt zuſammen, deren innerer Nothwendigkeit er genug thut, daher ihm hinter-

her keine Reue kommen kann; andrerſeits iſt dieſe Objektivi=
tät geſetzt durch die Subjektivität des Willens ſelbſt. Das Ich
iſt darin frei aus ſeinem ſelbſtgeſetzten Unterſchiede mit ſich
vermittelte Einheit.

§. 38.

Dieſe abſolute Freiheit iſt aber nicht Aufhebung der vor=
hergehenden Formen der Freiheit, ſondern Beſtätigung derſel=
ben. Beide ſind Momente ihrer Totalität. Denn ohne den
Bruch mit allem empiriſch Gegebenen, der in der erſten Form
liegt, wäre überall keine Freiheit möglich; und ohne das in
der Willkühr liegende Moment der Indifferenz des Ichs gegen
alle möglichen Beſtimmungsgründe würde die abſolute Freiheit
wieder mit der abſoluten Nothwendigkeit zuſammen fallen.

Anm. — Im Begriffe der abſoluten Freiheit liegt
nun freilich, daß der Wille nicht bloß als ein Endliches
gedacht werden darf. Wer daher überhaupt nicht von der
Vorſtellung laſſen kann, daß der Wille nur in's Gebiet
der Pſychologie gehöre, der laſſe lieber alle Unterſuchun=
gen über die Freiheit bei Seite! Zwar erkennt nun auch
der beſonnene Determinismus an, daß ein objektives Sy=
ſtem des Willens möglich ſei, wie denn auch die Erfahrung,
daß Familie, Staat, Kirche u. ſ. f. exiſtiren, zu ſolchem
Anerkenntniß nöthigen. Aber freilich behauptet er nun wie=
der, daß dieſe objektiven Geſtalten Exiſtenzen für ſich, keine
Erzeugniſſe freier Selbſtbeſtimmung ſeien. Allein eben dieſe
Behauptung hat ihren Grund wieder lediglich in der un=
ſpekulativen Zerbröckelung der zuſammengehörigen Mo=
mente der Idee. Treffend ſagt Vatke (S. 84. 85.):
„Empiriſch iſt das reine Ich nicht ohne einen relativ er=
füllten Hintergrund des Selbſtbewußtſeins vorhanden. Die=
ſer Inhalt, welcher dem Ich im Unterſchiede von dem un=
mittelbaren Inhalte des Subjekts überhaupt angehört,
und ſeinen geiſtigen und freien Kern bildet, wächst mit

der allmäligen theoretiſchen und praktiſchen Ueberwindung dieſes gegenſtändlichen Inhalts, bis das ganze Gebiet deſſelben erobert iſt und der Wille damit aus ſeiner endlichen Erſcheinung auf den Standpunkt der Idee, der Einheit des Begriffs mit ſeiner Realität tritt. — Der gegenſtändliche, zunächſt unmittelbare Inhalt ſoll geformt, zu höherer Harmonie verknüpft werden, bis er ſelbſt eine in ſich konkrete freie Allgemeinheit geworden iſt; wie es nur Eine Natur des Menſchen giebt, ſo kann es auch nur Eine vernünftige Allgemeinheit dieſes gegenſtändlichen Willens geben, aber das Subjekt hat einen langen Weg zurückzulegen, um dieſelbe zu finden, und bedarf daher verſchiedener Ruhepunkte und zugleich der Ausſicht auf das ferne Ziel. Jenes ſind relative Totalitäten, welche dem Subjekte eine Zeitlang als wahrhafte Allgemeinheit gelten, dieſe liegt in dem Wiſſen von der Allgemeinheit überhaupt, welches aber ſolange abſtrakte Vorſtellung und Ahnung bleibt, bis das Allgemeine ſich in Einheit mit dem Beſondern, alſo als objektive, konkrete Freiheit verwirklicht. Die theoretiſche Seite des Bewußtſeins hält im Allgemeinen mit der praktiſchen des Willens gleichen Schritt, nur daß von der erſteren der Anſtoß ausgeht und dieſelbe auch der anderen relativ voraneilt, aber nur in der allgemeinen, abſtrakten Anſchauung. Das konkrete Erkennen, die innere Lebensgewißheit in Anſehung des objektiven Inhalts, fällt mit der andern Seite der Intelligenz zuſammen. So in einander verſchlungen, ſtellen beide Seiten das Ringen des Geiſtes nach dem vollen Selbſtbewußtſein ſeines Weſens und nach ſeiner Befreiung von den Schranken der Natürlichkeit dar. Da die Triebe als Inhalt des praktiſchen Geiſtes weſentlich eine Richtung nach Auſſen haben und ihre Befriedigung in der Aufnahme objektiver Elemente in die ſubjektive Lebensein=

heit finden, ſo ſind es nicht bloß ſubjektive Standpunkte, welche dieſen Entwicklungsgang bezeichnen, ſondern ihnen entſprechend auch objektive Geſtalten, die Stiftung und Ausbildung des Familienlebens, der Rechtsverhältniſſe, der verſchiedenen Erfindungen, wodurch die äuſſere Natur dem Menſchen dienſtbar wird, der Verkehr einzelner Volksgenoſſen und verſchiedener Völker mit einander, endlich die ſittliche und religiöſe Gemeinſchaft.“ Eben dieſe objektiven Geſtalten als weſentliche Entwicklungsglieder in der Idee des Willens zu erkennen, das iſt der Rubikon, über den man gehen muß, um zum Begriffe der Freiheit zu kommen.

B.) Die Formen der Nothwendigkeit.

§. 39.

Die Freiheit hat ſich gezeigt als Werden aus dem abſoluten Weſen des Willens, welcher ſie als die Möglichkeit einer neuen ideellen Schöpfung aus der Welt der erſten natürlichen Schöpfung hervorgehen läßt. So ſehr nun aber der freiwerdende Geiſt Negativität gegen ſein Weſen iſt und gerade in dieſer Negativität ſein Weſen hat, ſo hat ſich doch zugleich gezeigt, daß dieſe Negativität keine abſtrakte, vielmehr die wahre Freiheit gerade die Rückkehr zum Weſen des Willens, aber freilich nur die durch jene Negativität vermittelte Poſition des Weſens iſt. Durch die Entwicklungsſtadien der reinen Freiheit und der Willkühr geht der Geiſt nur, um in der wahren Freiheit als ſelbſterrungenen Beſitz zu genießen, was er in der Unſchuld des Gemüthslebens bereits, aber unbewußt, beſeſſen hatte, die Einheit mit ſeiner Subſtanz. Es zeigt ſich alſo, daß der Proceß der werdenden Freiheit kein ſchlechthiniger Abbruch von der Subſtanz des Willens iſt, dieſe vielmehr nicht allein der ewige allgemeine Grund der Freiheit bleibt, ſondern auch als eine mannigfach geſtaltete **Nothwendigkeit** in den

Proceß der Freiheit im Beſondern ſich hinein flicht, um endlich als die Objektivität der Freiheit mit ihrer Subjektivität in die ſelbſtbewußte Einheit zuſammenzugehen.

§. 40.

Die Subſtanz des Willens ſetzt ſich nämlich gleichfalls unterſchiedene Formen ihrer objektiven Exiſtenz, die in ihrer Geſammtheit das natürliche und das geiſtige Univerſum ausmachen und hiermit die ſubſtantielle Vorausſetzung des einzelnen Geiſtes, das mütterliche Lebenselement bilden, aus welchem und an welchem er ſich zur Freiheit hindurchzuringen hat. Dieſe objektiven Lebenselemente, Natur, Volk, Familie, Staat u. ſ. f., welche zwar an ſich wieder als Willensſchöpfungen eine bloße Möglichkeit ſind, bilden für den einzelnen Geiſt, dem ſie in Form der Wirklichkeit vorausgeſetzt ſind, eine Nothwendigkeit und machen hiemit die Seite der Nothwendigkeit des Willens aus.

§. 41.

Allein hierin liegt ſowenig eine Aufhebung der Idee der Freiheit, daß vielmehr dieſe Idee gerade nur durch ihre Vermittlung mit dieſen Formen der objektiv exiſtirenden Subſtantialität zur vollen Entfaltung ihrer Realität gelangt. Es läßt ſich nun aber die gedachte Nothwendigkeit auf drei Formen zurückführen, die Natur, das Kauſalitätsgeſetz und den abſoluten Geiſt.

1) Die Natur.

§. 42.

Der endliche Geiſt kommt aus der Natur her, und ſie ſetzt ſich in ihn, auch nachdem er bereits denkend von ihr frei geworden iſt, fort. Wir haben oben den Willen zunächſt als natürlichen Willen kennen gelernt; aber auch, wenn der Geiſt über dieſe Form hinaus iſt, kann er in krankhaften Zuſtänden wieder in ihn zurückſinken und den kosmiſchen Mächten unterworfen ſeyn.

§. 43.

Allein dies iſt ſowenig ein Argument gegen die Freiheit, daß vielmehr gerade der Unterſchied des natürlichen Zuſtands von der weiteren, durch das Denken geſetzten Entwicklung des Willens die Freiheit als Forderung hervortreibt, wie denn dieſe überall nur als die Negation jenes natürlichen Zuſtandes, als der Bruch des Geiſtes mit der Natur, als der Akt ſeiner Selbſtunterſcheidung von ihr begreiflich iſt. Denn, wie der Begriff der Freiheit, ſo wird auch der Begriff des Geiſtes überall erſt als Negativität gegen die Natur wirklich. Sein Weſen iſt Inſichſein, Sichſelbſtabſtoßen von der Materie, Selbſtbeſtimmung. Dem Geiſte ſelbſt ein natürliches Sein zuſchreiben, heißt daher: den Geiſt läugnen.

§. 44.

Es hat aber dieſes Verhältniß des Geiſtes zur Natur ſeine noch tiefere Wahrheit in der Einſicht, daß die Natur ſelbſt von ihren einfachſten Gebilden herauf bis zum Menſchen der Proceß iſt, die Aeuſſerlichkeit immer mehr aufzuheben und zum reinen Inſichſein zu kommen. Sie ſelbſt iſt ein ſtetes Ringen nach dem Geiſte, nach der Idealität, der Freiheit, die ſie als Naturſeele noch nicht zu erreichen vermag. Aber der im Bruche mit ihr zu ſeiner Realität kommende Geiſt iſt eben darum der Vollender jenes Proceſſes, der Erlöſer der Natur, der ihre Sehnſucht ſtillt. Ja noch mehr: die Natur iſt, tiefer aufgefaßt, allerdings nicht nur das endliche Entwicklungsmedium für den Geiſt, ſondern ſie iſt ſogar als ſeine urſprüngliche Subſtanz aufzufaſſen, in welcher alle Produktionen ſeiner Freiheit ihre Wurzel haben. Allein auch ſo verhält ſie ſich zum Geiſte nicht als abſtrakte Nothwendigkeit. Denn einerſeits iſt die geiſtige Natur eines Volks, der ſubſtantielle Boden ſeines Geiſtes, doch nur die allgemeine Möglichkeit ſeiner Geſchichte, die ihre konkrete Erfüllung erſt durch die freien Thaten der individuellen Geiſter erhält: andrerſeits

kann mit ebenſovielem Rechte geſagt werden, daß der freie Geiſt eines Volks ſich ſeine Nationalität, den ſubſtantiellen Boden ſeiner jedesmaligen Gegenwart, als ſeinen durch freie That gebildeten Charakter ſelbſt zeuge.

Anm. — Es iſt die kraſſeſte Form des Determinismus, welche die Freiheit deshalb läugnet, weil der Geiſt den Geſetzen des natürlichen Seins unterliege. Dieſe Form iſt in der Literatur des Strafrechts hinlänglich bekannt, da ſich ſeit langer Zeit nicht ſowohl die Juriſten, welche durch die praktiſch pſychologiſche Uebung vor ſolchen Verirrungen bewahrt bleiben, als die Aerzte ein angelegentliches Geſchäft daraus machen, den Materialismus zu predigen. Auf dieſe Erſcheinung im Beſondern wird unten bei der Aufhebung der Zurechnung durch Seelenkrankheiten näher einzugehen ſein. Hier handelt es ſich nur davon, die Anſprüche des Materialismus im Allgemeinen abzuweiſen. Es gibt nun gewiſſe Arten von Verkehrtheiten, die man nur in ihrer ganzen Naktheit ſich ſelbſt ausſprechen laſſen darf, um ſofort jede Widerlegung als überflüſſig erſcheinen zu laſſen. In dieſer Beziehung leiſtet uns ein alter Juriſt, der gerade mit Rückſicht auf das Strafrecht den Materialismus durchzuführen ſuchte, treffliche Dienſte, daher wir uns damit begnügen wollen, einige Kraftſtellen von ihm hierherzuſetzen: „Nachdem ich," ſagt er, „dieſes Wenige zum Voraus geſetzt, will ich nunmehr darthun, daß es ein Betrug der Sinne, ein angenehmer Traum, eine bloße Erſcheinung iſt, wenn wir frei zu ſein glauben. Hier begehe ich gleich meinen erſten Fehler. Ich will zeigen — lächerlicher Ausdruck! Es hätte heißen ſollen: ich muß. Ich will, — dies Wort heißet nichts Anderes, als: viele kleine, tief in der Natur verborgene Räder drückten auf meine Seele, daß ſie zu dieſer Sache den Hang bekam . . .

Es iſt anjetzt bloß die Frage, ob unſere Seele ein Vermögen habe, ohne von auſſen in ſie erzeugte Vorſtellungen etwas von ſich ſelbſt zu thun. Dergleichen Vermögen iſt in ihr nicht anzutreffen, weil ſonſt etwas ohne zureichenden Grund geſchehen würde, ſondern, wie die Wage ohne eingelegtes Gewicht ewig ſtille ſteht, ſo würde auch der menſchliche Wille ewig todt ſein, wenn nicht von auſſen her gewiſſe, durch nahegelegene Dinge entſprungene Vorſtellungen ihn belebten. . . . Das Gefühl, unſere Augen, Ohren, und mit Einem Worte die Sinne tragen allerlei Geſtalten und gewiſſe Bilder in's Gehirn, faſt auf dieſelbe Art, als wenn in einer finſtern Kammer auswärtig erleuchtete Gegenſtände ſich abmalen. Dieſe Bilder drücken ſich in das Gehirn ein, bleiben hangen, und werden die Vorrathskammer des Gedächtniſſes . . . Es iſt glaublich, daß die Seele ungefähr beim Urſprunge der Nerven ihren Sitz aufgeſchlagen habe. Hier ſitzt ſie, wie eine Spinne, die ihre Fäden durch den ganzen Leib ausgeſpannt hat, und vermittelſt der allenthalben verbreiteten Nerven die allerkleinſte Erſchütterung augenblicklich merkt, aber auch hinwiederum durch einen ſehr flüſſigen Saft an eben ſolchen Fäden ſelbſt herabſchießen, d. h. den Körper bewegen kann, nach der Art, wie ſie ſelbſt von den Bedürfniſſen des Körpers dazu beſtimmt worden . . . Tugend iſt weiter nichts, als eine glückliche Mäßigung der Säfte und des Geblüts; Sittſamkeit iſt eine Wirkung der Auferziehung und des Temperaments. Keuſch ſein, heißt: wenig Fleiſch und Blut haben . . . Die Worte haben bei einem Menſchen dieſelbe Bedeutung, welche beim Hunde der Prügel hat. Dieſer gewöhnet den Thieren Unarten ab. Wenn man ihn ſchläget, bekümmert man ſich nicht darum, ob er frei ſei oder nicht, ſondern man iſt böſe und zornig. Was bei dem Hunde

der Prügel, das ſind bei vernünftigen Geiſtern Ermahnungen und Geſetze. . . . Frage: Wie kommt der Dieb dazu, daß er gehängt werden ſoll, da er doch ſeiner Natur nach ein Dieb iſt? Antwort: Wie kommt der Wolf, wie kommt der arme Floh dazu, daß du ſie tödteſt, da ſie doch ihrer Natur nach des Fleiſches begierig? Frage: Ein Menſch iſt ja kein Hund, kein Floh, kein Wolf. Antwort: Das weiß ich, aber darin kommen ſie doch überein, daß man dem Floh nichts zurechnen kann."

2) Das Kauſalitätsgeſetz.

§. 45.

Die Freiheit hat zum Medium ihrer Erſcheinung die endliche Welt und dieſe überhaupt ſteht unter dem Kauſalitätsgeſetze, unter welches daher auch die Evolution der Freiheit fällt. Hiemit ſcheint nun aber die Freiheit ſchlechthin negirt zu ſein. Denn das Käuſalitätsgeſetz hat den Sinn, daß jedes endliche Ding andere endlichen Dinge zu ſeinen nothwendig determinirenden Urſachen habe, ebenſo aber ſelbſt wieder die Urſache anderer endlichen Dinge bilde, woraus ſich denn ein unendlicher Regreß und Progreß von Urſachen und Wirkungen ergibt.

§. 46.

Allein eine tiefere Auffaſſung des gedachten Geſetzes hebt den ſcheinbaren Widerſpruch wieder auf. Das Kauſalitätsgeſetz iſt nämlich weſentlich nur ein Geſetz der endlichen Dinge, das aber eben deswegen das Weſen der Freiheit nicht ausſchließt. Daſſelbe enthält einen inneren, formellen und materiellen Widerſpruch, einen formellen, ſofern das ſelbſt nur Geſetzte zugleich das Gegentheil des Geſetztſeins, nämlich ſelbſt das Setzende eines Andern ſein ſoll, — einen materiellen, ſofern die Wirkung, als geſetzte Urſache, nur das Sein dieſer Urſache ſelbſt ſein kann, und doch die endlichen Dinge ihrem

Inhalte nach verſchieden ſein ſollen. Dieſer Widerſpruch liegt aber in der Sache und enthält zugleich ſeine Löſung in ſich ſelbſt. Eben nur für die endlichen Dinge iſt nämlich der Satz wahr, daß jedem in Beziehung auf das andere die Spontaneität des Urſacheſeins zukomme. Denn es liegt im Begriff der Endlichkeit, daß das endliche Ding beſtimmt, hiemit nur durch andere bedingt ſei. Dieſe Beſtimmtheit und Bedingtheit iſt ſomit eine druchgängig wechſelſeitige, und es iſt das Geſetz der Wechſelwirkung, worin das als unendlicher Regreß und Progreß erſcheinende Kauſalitätsgeſetz ſeine Wahrheit findet. Hierin liegt nämlich, daß die wirkende Urſache ebenſo wieder Wirkung des von ihr Gewirkten iſt, ſofern ſie von dieſem vorausgeſetzt wird, und umgekehrt. Damit ſind aber jene Widerſprüche gelöst: denn einerſeits verſteht es ſich nun von ſelbſt, daß das Geſetzte zugleich ſelbſt ein Setzendes iſt, weil es ſich ſeine eigene Urſache vorausſetzt, hiemit dieſe zur bloßen Vorausſetzung herabſetzt, während es ſelbſt als das Spontane, Selbſtſtändige erſcheint; andererſeits iſt es zwar ganz richtig, daß die Wirkung das Sein der Urſache iſt, allein, da daſſelbe Verhältniß auch umgekehrt ſtattfindet, ſo erhellt, daß bei aller Gemeinſchaftlichkeit des Inhalts doch auch zugleich eine Verſchiedenheit deſſelben ſtattfinden muß, da die Urſache in ihrem Werden zur Wirkung jedesmal an dieſe das Princip des Spontanen, der ſelbſtſtändigen Exiſtenz abgeben muß. Die Welt der Endlichkeit iſt dem Proceß des Werdens unterworfen, und eben dieſer Proceß, der die Bewegung der Wechſelwirkung iſt, hat ſeine Darſtellung daran, daß das eine Ding ebenſowohl als Bedingung, wie als Bedingtſein erſcheint.

§. 47.

In dieſem Sinne iſt es nun aber ganz unbedenklich, auch die Freiheit unter das Kauſalitätsgeſetz zu ſtellen. Ihr Akt iſt allerdings durch äuſſere Urſachen mannigfach bedingt.

Allein dieſes Bedingen von Seiten der äuſſeren Urſachen iſt ebenſowohl Bedingtſein durch die Freiheit, d. h. die Urſachen ſinken zu bloßen Vorausſetzungen der freien Wirkung herab und dieſe erſcheint vielmehr als das Setzende, Bedingende, Spontane, das jene äuſſerlichen Vorausſetzungen, indem es ſie gebraucht, in ſein eigenes Weſen verwandelt und hiemit ein neues Geſetz in die Welt bringt, während es zugleich den Geſetzen dieſer Welt ſich fügt.

Anm. — Die Antinomie der Freiheit und des Kauſalitätsgeſetzes hat zwar ihr vorzügliches Medium in dem Verhältniß der Freiheit zur Natur, da gerade die Natur das weſentlich dem Kauſalitätsgeſetze Unterworfene iſt. Gleichwohl wird das wahre Verhältniß des Geiſtes zur Natur in der Regel noch leichter zugegeben, weil man ſich doch ſcheut, den Materialismus in ſeiner kraſſeſten Geſtalt offen zu bekennen, und weil andererſeits die Einſicht, daß die ſchaffende Naturſeele die nach der freien Idealität des Geiſtes ringende Sehnſucht iſt, der gemüthvollen Anſchauung nahe liegt. Die Wahrheit ſolcher Gegenſätze wird nun immer leichter zum Bewußtſein gebracht, als die Löſung ſolcher Antinomieen, welche auf den Gegenſätzen der reinen Reflexion beruhen; und eben unter dieſe gehört die vorliegende ganz beſonders. Der widerſpenſtige Verſtand will durchaus nicht zugeben, daß die Freiheit mit dem Kauſalitätsgeſetze zuſammenbeſtehen könne; und es iſt bezeichnend, daß er in der Regel ſeine Argumente nicht ſowohl aus der Nothwendigkeit des ſinnlichen, als des geiſtigen Univerſums holt. Solcher Verſtand ſieht oft ſehr herab auf den Materialismus, der im Geiſt nur die auf's Feinſte organiſirte Materie ſieht, obwohl nicht ſelten ein derartiger Materialismus viel geiſtreicher iſt, als die darauf herabſehende Reflexion. Er nimmt den Willen als frei an, den Geiſt als ver-

ſchieden von der äuſſern Natur. Aber nun ſieht er doch, daß auch im geiſtigen Univerſum das Kauſalitätsgeſetz regiert, daß Nationalität, Familientypus, Temperament, Erziehung, Schickſal, Beiſpiel, eigene Bildung und tauſenderlei andere Dinge den Willen beſtimmen. Hat er daher gleich den Geiſt von der äuſſern Natur emancipirt, ſo weiß er ſich doch keinen Rath, wie er ihn hier dem Kauſalitätsgeſetze entreißen ſoll, das ihm eben hier um ſo mehr imponirt, je mehr es mit den hergebrachten Vorſtellungen von göttlicher Weltordnung, Zuſammenhang des geſchichtlichen Verlaufs u. ſ. f. harmonirt. Derſelbe Verſtand iſt es freilich, der auch wieder umgekehrt dem Determinismus des Kauſalitätsgeſetzes den ſchalſten Indifferentismus des als abſtrakte Willkühr gefaßten Willens entgegenſtellt, wie es ihm denn gar nichts darauf ankommt, im Gebiete der Geſchichte das Größte aus dem Kleinſten abzuleiten und zugleich doch wieder nichts merkwürdiger zu finden, als daß der und der nun wirklich ſo gehandelt habe, da es doch ſo leicht auch hätte anders und wieder anders ſein können. Indeſſen hat ſchon Kant die hier vorliegende Antinomie in ihrer ganzen Schärfe klar entwickelt und ihre Löſung nur darum nicht zu Ende gebracht, weil er bloß eine äuſſerliche Vermittlung der Freiheit und der erſcheinenden Nothwendigkeit zu Wege brachte. Dies war der Fall, wenn er ſagt, die zur Möglichkeit einer freien Handlung nothwendigen Naturbedingungen betreffen nicht die Beſtimmung der Willkühr ſelbſt, ſondern nur den Erfolg derſelben in der Erſcheinung. Allein dies iſt keine wahre Verſöhnung des Widerſpruchs, da auf ſolche Weiſe vielmehr die Glieder des Gegenſatzes neben einander beſtehen bleiben. Um eine wahre Verſöhnung hervorzubringen, muß man vielmehr das endliche Kauſalitätsgeſetz in das abſolute auf-

löſen und zu der Einſicht kommen, daß daſſelbe durch ſich ſelbſt in das Geſetz der Wechſelwirkung hinübergetrieben wird, wo denn das Bedingte ebenſoſehr als Bedingung erſcheint und ſeiner vorausgeſetzten Bedingung die Dignität des Urſächlichen benimmt, indem es dieſelbe auf ſich ſelbſt überträgt und ſeine Bedingung zu einer bloßen Sollicitation herabſetzt. Nur gar zu gern ſchieben die Verbrecher die Schuld ihrer böſen Thaten auf die äuſſeren Umſtände, welche ſie verführt haben; aber es iſt ihnen zu erwiedern, daß dieſelben Umſtände auch bei honetten Leuten vorkommen, ohne ſie zu verführen, und daß die Verführungen nur bei denjenigen anſchlagen, welche ſich gern verführen laſſen.

3) Der abſolute Geiſt.

§. 48.

Noch mehr aber, als das in der Endlichkeit herrſchende Kauſalitätsgeſetz, ſcheint der Begriff der Freiheit der des Abſoluten entgegenzuſtehen, welches, als abſolute Kauſalität gefaßt, alle menſchliche Freiheit ausſchließt. Der Determinismus auf dieſer ſeiner höchſten Spitze hat eine doppelte Seite, eine ſubjektive und objektive, indem er einerſeits die Freiheit des einzelnen Menſchen, andrerſeits die Freiheit im Entwicklungsgange der ganzen Menſchheit läugnet.

§. 49.

Was die ſubjektive betrifft, ſo iſt dieſe bekanntlich vornämlich auf dem religiöſen Gebiete hervorgetreten und hat ſich in der Auguſtiniſchen Lehre von der Gnade und der Prädeſtination, beſonders in deren konſequenter Darſtellung bei Kalvin und neuerdings bei Schleiermacher, geltend gemacht. Sie fällt aber in ihrem weſentlichen Reſultat zuſammen mit dem ſpinoziſtiſchen Begriffe des Abſoluten als der in allen Gegenſätzen der natürlichen und geiſtigen Welt ſich ſelbſtgleichen

Einen Subſtanz. Sieht man nämlich ab von den inkonſequenten Modifikationen, womit man den religiöſen Determinismus dem gemeinen Bewußtſein mundgerecht zu machen verſucht hat, ſo fällt derſelbe mit dem philoſophiſchen zuſammen, wornach das Abſolute ſchlechthinige Einheit alles Bedingten, oder — nach dem Kauſalitätsverhältniſſe — ſchlechthinige Einheit aller endlichen Urſachen und Wirkungen iſt. Wenn alſo auch gegenüber dem endlichen Kauſalitätsgeſetze die Freiheit ſich retten ließe, ſo würde ſie doch dem abſoluten verfallen. Ja, nach jener philoſophiſchen Anſicht beſteht ſogar beides zuſammen. Der endliche Kauſalnexus iſt ihr in ſeinen einzelnen Gliedern durch endliche Urſachen beſtimmt. Das Abſolute als ſolches ſetzt nicht das Einzelne, ſondern nur das Ganze. Aber eben im Ganzen iſt auch das Einzelne mitbeſtimmt. Möchte daher immerhin die Freiheit gegen den endlichen Kauſalnexus als ebenſo mitbeſtimmend, wie beſtimmt, ſich noch halten laſſen, ſo wäre dies doch immer nur eine endliche Betrachtungsweiſe. Dagegen müßte ſie, sub specie aeterni angeſehen, nur um ſo gewiſſer in der abſoluten Kauſalität der Subſtanz untergehen.

§. 50.

Dieſe Anſicht, welche ein tiefſpekulatives Moment enthält, ja den Anfang der Spekulation ſelbſt bildet, läßt ſich auch in der That nicht von einem untergeordneten Standpunkt aus, ſondern nur dadurch widerlegen, daß ſie ſelbſt zu ihrer höheren Wahrheit weiter geführt wird. Dies geſchieht aber vermittelſt der Einſicht, daß die Kauſalität eine dem Abſoluten keineswegs angemeſſene Kategorie iſt, dieſes vielmehr wahrhaft nur als Geiſt aufgefaßt wird. Wenn gleich nämlich dem Willen Kauſalität zukommt, ſo erſchöpft dieſe doch den Begriff des Willens lange nicht, der weſentlich Selbſtbeſtimmung, Ichheit iſt. Kauſalität iſt eine Kategorie der bloßen, noch nicht zum Geiſte vermittelten Subſtanz. Allein die wahre

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Spekulation zeigt ſchon im organiſchen Proceſſe der Natur das Princip der Freiheit als ringend gegen die Macht des Kauſalnexus auf; was aber dort nur als Drang erſcheint, das kommt im Geiſte zum Durchbruch. Allerdings muß von der Subſtantialität des Abſoluten, ſeiner All-Einheit ausgegangen werden, wie denn auch mit *Spinoza* die neuere Spekulation hievon ausgegangen iſt. Allein bei dieſem Anfang kann nicht ſtehen geblieben werden. Mit dem Begriffe der reinen Einheit, welche die Subſtanz iſt, findet ſich ein innerer Gegenſatz geſetzt, nämlich einmal die Einheit als unendliche All-Einheit (die hiemit noch unbeſtimmte Einheit aller möglichen Beſtimmtheit), ſodann aber dieſelbe als Einzelheit, Alleinheit (eben weil jene unbeſtimmte unendliche Einheit ſelbſt beſtimmt und zwar eben nur als reine Einheit beſtimmt iſt). Dieſe Beſtimmtheit iſt aber dem Abſoluten nicht angemeſſen, ſofern es unendliche Einheit iſt; daher iſt in dem Abſoluten ein Widerſpruch ſeines Weſens und ſeines Geſetztſeins. Derſelbe löst ſich, indem ſich das Abſolute ſetzt als ein unendlich Beſtimmtes, wodurch es eben in ſeiner Beſtimmtheit ſeine Unendlichkeit wiederherſtellt. Dieſe vom Abſoluten geſetzte unendliche Beſtimmtheit iſt nun die Natur. Das Werden der Natur aus dem Abſoluten iſt nothwendig, weil nur dadurch die Unendlichkeit wirklich werden kann, indem ſie im unendlichen Fluß des Werdens das Endliche unendlich über ſich hinausgehen und andres Endliche zeugen läßt. Allein dieſe Unendlichkeit der Endlichkeit iſt nicht die wahre, da alle ihre Beſtimmtheiten als endliche Geſtalten fixirt werden, die Unendlichkeit hiemit nicht in ihnen ſelbſt, ſondern immer nur über ſie hinaus, als unendlicher Proceß iſt. Um nun auch actu zu ſein, was ſie potentia iſt, muß daher die Unendlichkeit aus dieſer unendlichen Beſtimmtheit in die Einzelheit zurückgehen, in dieſe das Univerſum reflektiren und in ihr Selbſtbewußtſein des Abſoluten werden. So aber wird das Abſolute Geiſt,

Ich, Wille; ſo iſt es über die Kategorie der Subſtantialität und Kauſalität weit hinaus, und negirt die Freiheit nicht mehr.

§. 51.

Die Natur iſt nach dieſer Anſicht nicht minder, als die Ichheit, ebenſo ſehr nothwendig, als freie Poſition des Abſoluten. Beide ſind Reflexion des Unendlichen in ſich, aber die Ichheit iſt erſt dieſe Reflexion als abſolute. Auch die Natur iſt weder Abfall vom Abſoluten, noch ein Selbſtändiges gegen daſſelbe, vielmehr ſeine eigene Selbſtentäuſſerung zur Sphäre der Nothwendigkeit, in welcher Vernunft und Freiheit nur als Innerliches, nicht als wacher Geiſt vorhanden ſind. Der Geiſt aber iſt ſowohl das Reſultat des Vermittlungsproceſſes durch die Natur, als auch dem Principe nach das Erſte; er iſt der zu ſich ſelbſt gekommene Begriff des Abſoluten, die adäquate Exiſtenz des Unbedingten und Unendlichen, eben darum aber auch, wie das Reſultat, ſo der Grund des Schöpfungsproceſſes. Keineswegs ſind alſo Natur und Geiſt koordinirte Attribute des Abſoluten. Vielmehr iſt der ſchöpferiſche Wille in der Natur Wille der Nothwendigkeit; dieſe Nothwendigkeit iſt zwar durch den Geiſt beſtimmt, aber dieſe Beſtimmung iſt nicht Selbſtbeſtimmung, ſondern Beſtimmtſein, ſo daß die Natur als ſolche das Unfreie ſelbſt iſt, welches die Vernunft und Freiheit nur als ſein Anſich in ſich hat. Die Natur iſt nun zwar der unendliche Drang des Abſoluten zu ſeiner Verklärung im Geiſte, aber eben, weil dieſer Drang ſich erſt damit erfüllt, daß aus dem dunkeln Schooße der Natur der Geiſt an's Licht geboren wird, ſo iſt der Wille in der Natur noch nicht Freiheit, ſondern Nothwendigkeit, er hat ſich in der Nothwendigkeit der Natur ſeine eigene Vorausſetzung gemacht, durch deren Aufhebung er ſich als freie Selbſtbeſtimmung realiſirt. Die Natur iſt mithin einerſeits Schöpfung, Geſetztſein durch das Abſolute, von ihm abhängig,

andrerſeits ſelbſt eine nothwendige Beſtimmung im Proceß des Abſoluten, das empiriſch Erſte, die Nothwendigkeit im Unendlichen. Beide Seiten ergänzen ſich, indem dieſe Nothwendigkeit ſich als Vorausſetzung der Freiheit erweist, welche dieſe ſich ſelbſt gemacht hat. Selbſt die Natur ſteht alſo nicht bloß unter der Kategorie der Kauſalität, da ſie ſonſt identiſch mit dem Abſoluten wäre, während ſie doch die Selbſtentäußerung des Unendlichen an die endliche Beſtimmtheit darſtellt. Vielmehr ſie iſt das vom abſoluten Willen ſelbſtgeſetzte Andersſein ſeiner ſelbſt, ſo daß er ſelbſt in ihr der Nothwendigkeit unterworfen, paſſive Intelligenz, Negation des Willens iſt. Aber allerdings iſt die ringende Seele der Natur eben dieſer abſolute Wille, der ſich, ſie ſtufenweiſe verklärend, aus ihr zur Freiheit hervorbringt. Der endliche Geiſt bildet den großen Wendepunkt. Er hat die Natur zur Mutter und ſteht nach dieſer Seite allerdings unter dem Geſetze der ſtrengen Nothwendigkeit, welches von keiner Allmacht durchbrochen werden kann (denn der abſolute Wille in der Natur iſt eben die abſolute Naturmacht); aber in ihm bricht die in der Natur an ſich geſetzte Vernunft und Freiheit zum Fürſichſein durch.

§. 52.

Gerade dieſes Verhältniß des Geiſtes zu der Natur iſt es, welches von den philoſophiſchen und theologiſchen Syſtemen, die das Abſolute als Kauſalität auffaſſen, durchaus verkannt wird. Die theologiſche Prädeſtinationslehre muß insbeſondere, wenn ſie irgend konſequent ſein will, die ſelbſtändige Bedeutung des Sündenfalls und die Vorſtellung des demſelben vorhergehenden Handabthuns Gottes ebenſo wie die Diſtinktionen zwiſchen dem formale und dem materiale malae actionis aufgeben; ſie muß auch das Böſe und ſeine Folgen auf die abſolute Kauſalität zurückführen, und darf vor der Folgerung der Vorherbeſtimmung zur Verdammniß nicht zurückweichen. Es genügt nicht, göttliches Vorherwiſſen und Vor-

herbeſtimmen zu trennen, oder einen vorhergehenden und nachfolgenden Willen Gottes zu unterſcheiden, denn beides widerſpricht dem Begriffe der Kauſalität. Ebenſowenig liegt eine Aushilfe darin, daß dem Menſchen auch abgeſehen von der abſoluten Kauſalität eine relative Spontaneität, nämlich die Fähigkeit, der Gnade zu widerſtehen oder nicht zu widerſtehen, zugeſchrieben wird. Denn einerſeits müßte das Nichtwiderſtehen doch als eine Aktivität gedacht werden, andrerſeits verbeut der Begriff der abſoluten Kauſalität, ein poſitives Mitwirken des Menſchen zum Proceß der Gnade anzunehmen. Vielmehr müſſen Präſcienz und Prädeſtination als identiſch geſetzt, und es darf neben der abſoluten Kauſalität keine relative angenommen werden, die nicht von jener geſetzt wäre. Aber freilich iſt die nothwendige Folge hievon, daß Gott auch das Böſe wirken muß und daß der Schuldbegriff vernichtet wird. Abgeſehen nämlich von der Schwierigkeit, ſich in Einem Akte göttliche und menſchliche Freiheit als unmittelbar identiſch, einen perſönlichen Willen als in einen andern übergehend ſich vorzuſtellen, ſo iſt jedenfalls klar, daß die menſchliche Freiheit ſchlechthin in der abſoluten Kauſalität untergehen muß, man denke nun dieſe abſtrakt, oder man hypoſtaſire ihr ein jenſeitiges perſönliches Weſen. Denn es erſcheint im letzten Fall die menſchliche Freiheit nur als die Beſtimmtheit im freien Willen Gottes, im erſten ſinkt ſie zum Sichbeſtimmtwiſſen, d. h. zum Gefühl der abſoluten Abhängigkeit herunter. Dieſer Konſequenz läßt ſich durch keine Ausflucht ausbeugen. Meint man nämlich, derſelben dadurch zu entgehen, daß man eine Selbſtbeſchränkung der Allmacht annimmt, wodurch eine von ihr unabhängige Kauſalität geſetzt werde, und als dieſe Schranke die Freiheit des endlichen Geiſtes bezeichnet, ſo ſteht entgegen, daß einmal eine Selbſtbeſchränkung der abſoluten Kauſalität ganz undenkbar iſt, und, angenommen, ſie wäre es, noch viel weniger eingeſehen werden könnte, wie eben mit

dem endlichen Geiſt der Kauſalnexus abbrechen ſollte, während doch die Natur, welche allein die Baſis der Freiheit ſein kann, keine Schranke für die göttliche Allmacht ſein ſoll. Es iſt hier das Verhältniß des Geiſtes zur Natur geradezu in ſein Gegentheil verkehrt; daher denn auch die Vorſtellung, daß die göttliche Allmacht an die Naturnothwendigkeit nicht gebunden ſei, vielmehr ſie willkührlich aufheben könne, ſowie die mechaniſchen und myſtiſchen Vorſtellungen vom Concursus dei. —

§. 53.

Gegen dieſen Determinismus ſcheint daher der einzige Ausweg in dem entgegengeſetzten Syſteme des Indeterminismus zu liegen, das denn auf religiöſem Gebiete im Pelagianismus und neuerdings wieder im Rationalismus ſich geltend gemacht hat. Der ſpekulative Kern iſt hier aber freilich ein dürftiger und reducirt ſich auf den Dualismus von Reflexionsgegenſätzen, die, als letztes feſtgehalten, einen offenbaren Widerſpruch bilden. Zunächſt ſcheint nämlich durch dieſe Anſicht die menſchliche Freiheit gerettet zu werden. Auch iſt an ihr in der That das Moment der reinen Freiheit, ſowie das der Willkühr als weſentlich ganz richtig hervorgehoben. Was aber fehlt, iſt gerade die Hauptſache, nämlich die Idee der abſoluten Freiheit, von deren lebendigſtem Gefühle die Prädeſtinationslehre ausgeht. Das Verhältniß der endlichen Freiheit zum abſoluten Willen iſt beim Pelagianismus auf eine ſehr oberflächliche Weiſe beſtimmt. Denn wenn hiernach das Können, die Wahlfreiheit des Menſchen von Gott, das wirkliche Wollen und Sein aber vom Menſchen abhängt, ſo iſt damit ein wirklicher Unterſchied des göttlichen und menſchlichen Willens in der That gar nicht geſetzt. Denn das Daſein der Freiheit iſt von ihrer Thätigkeit nicht trennbar; hängt das eine von Gott ab, ſo muß auch das andere durch ihn geſetzt ſein: oder aber — bedarf die endliche Freiheit zu ihrer Thätigkeit nichts auſſer ihr, ſo bedarf ſie es auch nicht zu

ihrem Daſein überhaupt. Derſelbe Widerſpruch bleibt auch ſtehen, wenn hinſichtlich der Erhaltung des menſchlichen Willens durch den göttlichen die göttliche Mitwirkung auf die phyſiſche, die freie Selbſtbeſtimmung des Menſchen auf die ethiſche Seite der menſchlichen Handlungen bezogen wird. Denn auf dieſe Weiſe bleiben Form und Inhalt der Freiheit auſſereinander, als zwei verſchiedene Willen vorausſetzend. Verwirft man aber die abſolute Selbſtändigkeit der menſchlichen Freiheit, hält vielmehr nicht nur die Schöpfung, ſondern auch die Erhaltung ihrer ſubſtantiellen Nothwendigkeit feſt, ſo muß man, da Form und Inhalt nicht getrennt werden können, nothwendig wieder zur abſoluten Kauſalität zurückgehen und die menſchliche Freiheit als einen bloßen Schein aufgeben.

§. 54.

Die Einſicht in das wahre Verhältniß ſetzt daher vor Allem voraus, daß ſowohl der abſtrakte Monismus, als der abſtrakte Dualismus, der auf jenen zurückführt, aufgegeben werde. Die Unwahrheit des erſteren liegt aber in dem Feſthängen am Subſtantialitäts- und Kauſalitätsverhältniſſe. Dieſes negirt die menſchliche Freiheit unbedingt, und die verkehrteſte Aushilfe, wie gezeigt, iſt die, wenn gerade eben die Natur nicht als Schranke des abſoluten Willens aufgefaßt, dagegen der endliche Geiſt als eine ſolche poſtulirt wird. Gerade umgekehrt iſt vielmehr der abſolute Wille in der Natur als zur Nothwendigkeit aufgehobene, wenn gleich aus eben dieſer Schranke ſich hervorringende Freiheit zu denken. Die Allmacht in der Natur iſt ſowenig Willkühr, daß ſie vielmehr eben mit dem geſetzmäßigen Geſammtproceß der natürlichen Dinge zuſammenfällt. Aber allerdings iſt es die Freiheit ſelbſt, die ſich dieſe Nothwendigkeit zu ihrer Vorausſetzung gemacht hat und aus ihr in ſtufenweiſer Entwicklung hervortreibt. Innerhalb der Natur ſelbſt ſchon tritt das Kauſalitätsgeſetz zurück und das der immanenten Zweckmäßigkeit hervor, vermöge

deſſen das aus ſeinem Weſen ſich beſtimmende Naturobjekt zum organiſchen Centrum, zur ſubjektiven Einheit wird und hiemit den Kern bildet, aus welchem die Ichheit, die geiſtgewordene Seele, die Feſſel der natürlichen Unmittelbarkeit von ſich werfend, an's Licht hervorbringt. Das Ich iſt hiemit allerdings Produkt der Natur und wurzelt in ihrer Nothwendigkeit, aber es iſt die im Endlichen in ſich zurückgehende Unendlichkeit, das Werden des Abſoluten ſelbſt, das ſich eben in und mit dem Ich von der ſelbſtgeſetzten Schranke der Endlichkeit befreit. Dieſe Befreiung iſt allerdings kein plötzlicher Akt, ſondern ein allmäliger Bildungsproceß durch die oben erörterten Stadien des natürlichen Willens, der reinen Freiheit und der Willkühr zur abſoluten Freiheit hindurch. Im erſten Stadium wirkt das Abſolute noch als Naturmacht und kündigt ſeine Idealität nur erſt in jenem Triebe der unendlichen Liebe an, der das unverdorbene Gemüth „in Einfalt begreifen läßt, was auch kein Verſtand der Verſtändigen ſieht." Mit der reinen Freiheit dagegen tritt im Ich das Wiſſen des abſoluten Willens um ſich ſelbſt, hiemit auch ſein Wiſſen um ſein Weſen ein, welches die reine Freiheit iſt. Von einem Kauſalitätsverhältniſſe zwiſchen abſolutem und endlichem Willen kann daher ſchlechthin nicht mehr die Rede ſein, da vielmehr gerade die Selbſtdifferenzirung des Geiſtes von der Natur die reine Negativität gegen das Kauſalitätsgeſetz iſt. Wird alſo überhaupt die Differenz des Abſoluten vom endlichen Geiſte feſtgehalten, ſo muß jedenfalls dem Willen des letzteren relative Selbſtändigkeit vindicirt werden; von einem unwiderſtehlich wirkenden abſoluten Willen kann nicht mehr die Rede ſein. Mit andern Worten: es muß in der abſoluten Freiheit das Moment der Willkühr erhalten bleiben. Daher ſind Vorſtellungen aufzugeben, wie die, daß Gott die Macht habe, das Böſe zu hindern, es aber nicht thue, daß er die Gnade willkührlich zurücktreten und wieder eintreten laſſe u. dgl. Es muß offen anerkannt werden, daß

Gottes Wille durch den menſchlichen bedingt, daß ſeine Selbſtbeſtimmung dem Inhalte nach durch die freie Selbſtbeſtimmung des Menſchen beſtimmt ſei. Der abſolute Wille iſt nicht ſchrankenloſe Willkühr, er hat ſeiner Freiheit ſeine Nothwendigkeit ſelbſt zur Bedingung gemacht, und dieſe Bedingung kann er nicht aufheben wollen, wenn er nicht ſich ſelbſt als Geiſt und Freiheit aufheben will. Nennt man alſo die Gnade eine Wirkung Gottes, ſo muß man ſie zugleich auffaſſen als ein freies Entgegenkommen von Seiten des Menſchen; ſpricht man von einer Selbſtbeſchränkung des göttlichen Willens, ſo muß man dieſe auffaſſen als Akt der menſchlichen Willkühr, die ſich der abſoluten Freiheit entgegenſetzt. Von einem Verhältniſſe des Zwangs, der Unwiderſtehlichkeit kann daher hier nicht die Rede ſein, die Nothwendigkeit beſteht gerade in der Freiheit des ganzen Proceſſes. Die endliche Freiheit erſcheint nun hiemit freilich als ein Moment im Entwicklungsgange der abſoluten Freiheit. Allein, da das von der Prädeſtinationslehre vorausgeſetzte Kauſalitäts- und Subſtantialitätsverhältniß aufgegeben iſt, ſo macht dies keine Schwierigkeit mehr. Denn, indem die Projektion in die Natur als eine nothwendige Beſtimmung am Abſoluten aufgewieſen wird, wird das menſchliche Ich, als endliche Centralität, zum nothwendigen Organ für den Durchbruch der abſoluten Freiheit ſelbſt. So gewiß dieſe nun bloß dann zur Realität kommt, wenn das menſchliche Ich den Akt ſeiner Losreißung von ſeiner endlichen Unmittelbarkeit wirklich vollzieht, ſo gewiß iſt auch, daß das menſchliche Ich dieſen Akt eben nur vermöge ſeiner Willkühr vollziehen kann, ſowie daß andrerſeits jeder Akt der menſchlichen Willkühr, der ſich im Gegenſatze gegen das Weſen des Willens fixirt, auſſerhalb der abſoluten Freiheit fällt. Der ganze Proceß aber iſt dieſer: Der endliche Wille als natürlicher iſt ſelbſt noch weder Ich, noch Freiheit, ſondern nur die reale Möglichkeit dazu. Die Naturmacht iſt

in ihm zu einem ſubjektiven Centrum, zur Form der Monade zuſammengeſchloſſen, die ſich als immanente Totalität entwickelt. Seine Beſtimmung iſt daher nicht Selbſtbeſtimmung, ſondern Beſtimmtheit durch die ſubſtantielle Naturnothwendigkeit, die aber ſeine individuelle Nothwendigkeit iſt und alle äuſſere Einflüſſe ihrer eigenen immanenten Zweckmäßigkeit aſſimilirt. Der Wille weiß nicht um dieſe ſeine Nothwendigkeit, ſondern vollbringt ihr Geſetz in naiver Unmittelbarkeit. Erſt mit dem Denken reißt er ſich los und unterſcheidet ſich von der ſubſtantiellen Nothwendigkeit ſeiner Natur. Nun aber iſt klar, daß die im Ich ſich noch bethätigende Naturmacht, ſeine Willkühr und ſeine Vernunft nicht als gleichmäßige Wirkſamkeit eines abſoluten Willens gedacht werden können. In den Naturtrieben vielmehr iſt dieſer nur unmittelbar geſetzt, und erſt, ſofern ſie zur abſoluten Freiheit verklärt werden, tritt er reell in ihnen hervor. Die Willkühr iſt die weſentliche Bedingung der Offenbarung des abſoluten Willens, aber ſie iſt nothwendig nur als Moment im Entwicklungsgeſetze der Freiheit; dagegen in ihr bricht eben die Nothwendigkeit ab, wie denn ja, wenn der Menſch nicht auch anders wollen könnte, der Proceß der Wiedergeburt ein völlig überflüſſiger wäre. Der Gegenſatz zwiſchen der reinen Willkühr und der Forderung der Vernunft aber iſt nur ein Gegenſatz der endlichen Relation, nicht ein Gegenſatz innerhalb des Abſoluten ſelbſt. Der abſolute Wille muß, um zu ſich ſelbſt zu kommen, in dieſen Gegenſatz eingehen. Darum ſenkt er ſich in den endlichen Geiſt als der ſubſtantielle, tiefe Naturgrund des Gemüths. Da er aber ſo nur an ſich, nicht wahrhaft Geiſt iſt, ſo muß er das Ich aus der Naturmacht frei laſſen, muß es auf ſich ſelbſt ſtellen, muß ihm das Recht geben, Negativität gegen ſein eigenes Weſen, reine Möglichkeit, unabhängiges Anfangen aus ſich ſelbſt zu ſein. Denn nur ſo iſt es möglich, daß die abſolute Freiheit zu Stande komme, die ohne dies Mittel-

glied vielmehr geiſtloſe Naturnothwendigkeit wäre. Daß aber dies ganz etwas Andres iſt, als die unphiloſophiſche Vorſtellung, daß die endliche Freiheit von der abſoluten geſchaffen ſei, liegt auf der Hand. Ebenſo iſt klar, daß hiernach das Böſe nicht als unmittelbare Wirkung des Abſoluten erſcheint; denn weder der natürliche Wille kann ſündigen, noch kann es die abſolute Freiheit; nur die Willkühr kann es, in welcher der abſolute Wille in ſich gebrochen iſt. Die Sünde iſt alſo nur Selbſtbeſtimmung des endlichen Willens, obgleich die Möglichkeit derſelben ein Moment im Entwicklungsgeſetze des abſoluten Willens iſt. Das Böſe iſt die Bedingung der Realität des Guten; dies iſt ſeine metaphyſiſche Nothwendigkeit. Vermöge dieſer liegt es als ſubſtantielle Naturmacht im natürlichen Willen, wie das Gute; wie im Gemüthe der Trieb unendlicher Liebe liegt, ſo auch der ſelbſtſüchtige Durſt, in blinder Wolluſt das Ich an jede mögliche Gewalt des Triebs hinwegzuwerfen, — das radikale Böſe. Aber Realität wird das Böſe erſt als freie That des Ichs, das denkend ſich ſelbſt von ſeiner Naturnothwendigkeit unterſchieden hat und als die reine Möglichkeit zwiſchen Trieb und Vernunft ſteht. Das wirkliche Vermögen des Guten und Böſen iſt erſt die Willkühr.

Anm. — Dieſes Verhältniß der Willkühr zur abſoluten Freiheit verkannt zu haben, iſt der Fehler der ſonſt mit vielem Scharfſinn verfaßten Schrift von Stelzer über den Willen. Vgl. N. Archiv. III. S. 339—345.

§. 55.

Was nun dagegen die objektive Seite des Determinismus in dieſer Sphäre betrifft, ſo geht dieſer von der natürlich ſcheinenden Vorausſetzung aus, daß entweder alles Einzelne, was in der Welt geſchieht, von Gott voraus beſtimmt gedacht werden müſſe, oder gar Nichts. Hiedurch kommt er jedoch noch mehr, als der ſubjektive Determinismus, mit der ſittlichen Würde der Weltregierung in's Gedränge. Denn er muß nicht

nur das moraliſch Böſe, ſondern auch die objektiv verbreitete Unſittlichkeit ganzer Zeiträume und Nationen direkt auf den abſoluten Willen zurückführen; andrerſeits muß er die menſchliche Freiheit noch viel entſchiedener negiren, da er auch die Geſammtheit ihrer Umgebungen, wovon ſie ſollicitirt und bedingt iſt, zur unmittelbaren Wirkung einer abſoluten Kauſalität macht. In der That ſcheint nun auch dieſe Weiſe des Determinismus darin bedeutenden Vorſchub zu erhalten, daß ohne Zweifel die menſchliche Freiheit von objektiven Mächten abhängig, daß ſie durch die ganze ſie umgebende ſittliche Weltordnung und dieſe wieder durch den objektiven Entwicklungsgang der Menſchheit im Ganzen tauſendfach bedingt iſt. Dieſe ſittliche Weltordnung, die im Daſein ausgeprägte Allgemeinheit des Willens iſt es ja eben, welche der ſubjektiven Freiheit erſt ihren konkreten Inhalt giebt, indem ſie den Gehalt der ſittlichen Idee in der objektiven Sphäre als organiſche Gliederung geſtaltet darſtellt. Die beiden Momente des Willens, die Allgemeinheit und die Beſonderheit, ſtehen daher hier in einem viel innigeren Verhältniß, als in der rein moraliſchen Sphäre. Sie bilden nur einen Unterſchied, aber keinen Gegenſatz. Denn einerſeits iſt hier die Allgemeinheit nicht mehr als reines Weſen, ſondern als bewegendes Princip der Erſcheinung geſetzt; andrerſeits kann die Geſammtheit der beſonderen Willen hier nicht mehr als Gegenſatz der Allgemeinheit gedacht werden, fällt vielmehr mit dieſer zuſammen, nur daß die ſittliche Idee nach beiden Seiten eine verſchiedene Formbeſtimmtheit hat. Unzweifelhaft zeigt nun aber die Erfahrung die Einheit der ſittlichen Weltordnung mannigfach zerriſſen, und zwar nicht bloß ſo, daß die Verkehrung etwa nur auf der ſubjektiven Seite geſetzt wäre, ſondern ſo, daß auch der objektive Wille ſelbſt, der ja nur in der ſich ergänzenden Totalität der ſubjektiven Willen Realität hat, dem Geſetz der Endlichkeit verfällt. Auch da jedoch, wo die objektive Ordnung

der Idee der Sittlichkeit entſpricht, findet ſich die ſubjektive Unſittlichkeit keineswegs bloß unter der reinen Form des willkührlich Böſen vor, ſondern einerſeits zeigen ſich oft ganze Klaſſen von Individuen als auſſerhalb des ſittlichen Geſammtlebens ſtehend aus Gründen, die nicht durch ihre Willkühr geſetzt ſind, andrerſeits wird oft die Unſittlichkeit nicht nur bei Einzelnen, ſondern in weiteren Kreiſen zur Gewohnheit und zweiten Natur, und pflanzt ſich ſo als traditionelles Element wieder an die Einzelnen fort, die ſonach ohne eigentliche Selbſtbeſtimmung als Angeſteckte und ſchuldlos Verführte erſcheinen. Der Determinismus hält ſich nun eben daran, daß in der endlichen Erſcheinung das Allgemeine und das Beſondre unzertrennlich zuſammenhängen, und, indem er nun Gott zur abſoluten Kauſalität macht, opfert er die menſchliche Freiheit gänzlich auf.

§. 56.

Allein dieſer Determinismus, deſſen Zweck iſt, den göttlichen Willen zu Allem in Allem zu machen, kommt vielmehr folgerichtig dazu, dieſen göttlichen Willen als ſolchen geradezu aufzuheben. Denn indem Alles und Jedes beſtimmt ſeyn ſoll, ſo giebt es keinen Unterſchied von Freiheit und Nothwendigkeit mehr; dieſer Unterſchied wäre bloßer Schein in der menſchlichen Meinung, deren Selbſttäuſchung überdies ſelbſt wieder als nothwendig betrachtet werden müßte. Der göttliche Wille ſelbſt hört auf, Selbſtbeſtimmung und Freiheit zu ſeyn, und wird zur reinen Nothwendigkeit, zum Fatum. Man muß dann nicht allein alle Thaten, worin die Idee des Guten ſich verwirklicht, unmittelbar auf die abſolute Kauſalität zurückführen, ſondern muß dieſer auch alle Naturbeſtimmtheit, unter welcher der Einzelne ſteht, unmittelbar als Wirkung aufbürden, auch diejenige, die nach gewöhnlicher Anſicht durch die Willkühr vermittelt iſt, wie die Erziehung; konſequenterweiſe muß dies aber mit allen menſchlichen Willensakten überhaupt geſchehen, und

es muß daher nicht nur die Unſittlichkeit des Individuums, ſondern auch die allgemeine Unſittlichkeit ganzer Nationen, Zeiträume, Kulturſtufen auf dieſelbe Weiſe abgeleitet, d. h. die Prädeſtinationslehre auf die Erwählung und Verwerfung ganzer Völker ausgedehnt werden. Dagegen iſt aber die Hypotheſe, daß die Mängel des Dieſſeits im Jenſeits werden verbeſſert werden, eine ebenſo ſchlechte Aushilfe, als die inkonſequente Einmiſchung pelagianiſcher Vorſtellungen, insbeſondre der Anſicht, daß Präſcienz und Prädeſtination auseinander zu halten ſeien. Letztere Vorſtellung iſt hier nämlich doppelt ungereimt, da Gott, um vorher zu wiſſen, unter welchen Bedingungen die freien Handlungen eines beſtimmten Individuums ihr entſprechendes objektives Medium finden werden, nothwendig auch dieſes objektive Medium und eben damit die Bedingungen vorherwiſſen muß, unter welchen die Freiheit der andern wieder von der Freiheit des erſtgedachten Individuums auf die entſprechende Weiſe werde beſtimmt werden. Aus dieſem Cirkel kommt man aber nicht heraus, wenn man nicht entweder die Kauſalität Gottes ganz fallen läßt oder aber die unbefugte Trennung von Präſcienz und Prädeſtination aufgiebt.

§. 57.

Auch auf dieſem Boden iſt daher dem Determinismus die gerade entgegengeſetzte Anſicht entgegengetreten, welche der menſchlichen Freiheit eine ſelbſtändige Entwicklung zugeſteht und nur eine höhere Leitung derſelben mittelſt göttlicher Geſetze und einer im göttlichen Vorherwiſſen liegenden präſtabilirten Harmonie der endlichen Erſcheinungen annimmt. Allein die hier zu Grunde liegende Vorſtellung der Präſcienz iſt eine völlig gedankenloſe, da ſie ein Vorherwiſſen des Zeitlichen und Zufälligen und doch zugleich abſolut unveränderlich ſein ſoll. Man giebt zu, daß in Beziehung auf die Natur Wollen und Wiſſen Gottes nicht unterſchieden ſeien, weil man annimmt, daß in der Natur eben nur die Kauſalität Gottes unbedingt

ſich bethätige. In Beziehung auf die geiſtige Welt glaubt man aber, eine von der göttlichen Kauſalität verſchiedene Kauſalität annehmen zu müſſen, um die menſchliche Freiheit zu retten, und behauptet daher, daß dieſe von Gott nicht gewollt, ſondern nur gewußt, das göttliche Wiſſen daher hier durch die menſchliche Freiheit beſtimmt werde. Dieſe Abhängigkeit ſoll aber durch die Annahme wieder aufgehoben werden, daß Gott das Zeitliche zwar allerdings in ſeiner zeitlichen Beſtimmtheit, zugleich aber in ewiger Gegenwart wiſſe. Allein es iſt klar, daß dieſe beiden Vorſtellungen ſich geradezu aufheben. Entweder muß man daher annehmen, daß das menſchliche Handeln durch die göttliche Präſcienz beſtimmt werde, d. h. man muß die menſchliche Freiheit aufgeben; oder man muß ſagen, daß die göttliche Präſcienz durch die menſchliche Freiheit beſtimmt werde, d. h. man muß den Gedanken der göttlichen Weltregierung aufgeben. Will man aber letzteres nicht, ſo muß man ſich der Prädeſtinationslehre ergeben, da ein göttliches Wiſſen, das nicht zugleich Wollen wäre, undenkbar, ſohin auch die Vorſtellung, daß Gott das Böſe zwar wiſſe, aber nicht wolle, eine widerſinnige iſt. Behauptet man aber insbeſondere eine durch das göttliche Vorherwiſſen geordnete präſtabilirte Harmonie der freien Willensakte der Menſchen, ſo ſteht hier das im vorigen Paragraphen a. E. Geſagte entgegen, daß einmal die Freiheit eines Individuums eine beſtimmte erſt wird durch das Medium ihrer objektiven Erſcheinung, mithin nicht geſagt werden kann, Gott habe dieſes Individuum gerade in dieſes Medium geſetzt, weil er gewußt habe, daß die Freiheit deſſelben gerade auf dieſe beſtimmte Weiſe ſich bethätigen werde, — und zweitens, daß das objektive Medium der Erſcheinung für das eine Individuum eben erſt durch die Bethätigung der Freiheit der Andern entſteht, mithin, wenn man alle Individuen zugleich denkt, das ganze Verhältniß als ſolches zuſammenfällt und die Behauptung in einen Cirkel ausläuft. — Um vieles

vernünftiger iſt ſchon die Anſicht, welche die Weltregierung auf organiſirende, die menſchliche Freiheit vorausſetzende, göttliche Geſetze zurückführt, d. h., eben wie für die moraliſche, ſo auch für die objektive Freiheit ein ewiges Geſetz der Erſcheinung annimmt, das in der Bethätigung der endlichen Freiheit, ohne dieſe aufzuheben, als ordnendes und erhaltendes Princip fortwirke. Nur freilich erklärt dieſe Anſicht gerade die Hauptſache nicht, wie nämlich jene Geſetze ſelbſt beſtehen.

§. 58.

Die Wahrheit liegt denn auch hier nur in der ſpekulativen Anſicht. — Dieſe begreift die konkrete Idee der Sittlichkeit als den ſubſtantiellen Gehalt des Geiſtes ſelbſt, wie er ſich in ewigem Vermittlungsproceß mit der freien Form der Subjektivität zur organiſchen Gliederung des geiſtigen Univerſums entfaltet. Allerdings erkennt ſie alſo an der Freiheit eine Seite der Nothwendigkeit an, nicht nur ſofern der Geiſt an der Natur, aus welcher er zum Selbſtbewußtſein erwacht, ſeine Subſtanz hat, ſondern auch ſo, daß er an ſich ſelbſt ſeine zweite geiſtige Natur hat, in deren freier Verklärung er erſt ſeine abſolute Beſtimmung erfüllt. Dieſe Subſtanz iſt für den einzelnen Geiſt zunächſt ſeine eigene Individualität, in weiterem Kreiſe die Nationalität, worin er geboren iſt, in letzter Inſtanz der Geiſt der reinen Menſchheit überhaupt, der in den Formen der Kunſt, der Religion und der Wiſſenſchaft ſein ideelles Leben und ſeine reale Entwicklung in der Weltgeſchichte hat. Das ewige Recht des Determinismus iſt es nun, dieſe Geſammtentwicklung des geiſtigen Univerſums als Eine in ſich beſchloſſene Totalität anzuſehen; aber ſein unſpekulatives Weſen hindert ihn, dieſe Totalität in ihrer Wahrheit, nämlich als organiſches, durch die Freiheit vermitteltes Syſtem zu begreifen. Er bleibt bei den unreifen Kategorieen der Subſtantialität und Kauſalität ſtehen und traveſtirt damit den abſoluten Geiſt, der in der Weltgeſchichte — ebenſo frei als wie nothwendig —

als in dem Weltgedichte lebt, zum blinden Fatum, wenn er nicht etwa in bequemer Gedankenloſigkeit ſeine eigene Konſequenz durch Hypotheſen aufhebt, die weder eine wirkliche Rettung der menſchlichen Freiheit, noch eine haltbare Vorſtellung einer ſpeciellen Vorſehung begründen. Er muß insbeſondere auch die objektive Unſittlichkeit direkt auf den abſoluten Willen zurückführen, ſei es nun, daß er die empiriſch gegebene Geſammtſumme des Böſen für das Normale, oder für das Abnorme ausgebe. Das Wahre iſt aber eben, daß der nothwendige Zuſammenhang der Weltgeſchichte zugleich als ein organiſcher, durch die Vermittlung der Freiheit ſich von Stufe zu Stufe verwirklichender Proceß des abſoluten Geiſtes begriffen wird, daß die Betrachtung nicht in den dunkeln Grund der Subſtanz hinuntertaumelt, ſondern im Lichte des ſubſtantiellen Geiſtes oben bleibt. Das ewige Recht des Indeterminismus iſt es daher andrerſeits, daß er die Freiheit des erſcheinenden Geiſtes zu halten bedacht iſt. Nur ſind es wieder gedankenloſe Reflexionsbeſtimmungen, wenn zu dieſem Behufe der weltordnende Geiſt mit der Präſcienz abgeſpeist, oder zum bloßen Dirigenten eines relativ ſelbſtändigen Mechanismus herabgewürdigt wird, und noch ſchlimmer, wenn etwa gar auf der einen Seite eine geſetzmäßige Weltregierung und daneben wieder ein willkührliches Hereingreifen einer transcendenten Perſönlichkeit ſtatuirt wird. Der richtigen Anſicht näher ſteht dann allerdings die am Ende des vorigen Paragraphen angeführte Vorſtellung, die aber freilich nur eine Seite des Verhältniſſes erklärt, die Totalität deſſelben dagegen unbegriffen ſtehen läßt.

§. 59.

Zu ihrer Grundlage hat alſo die wirkliche Idee der Freiheit allerdings die ſubſtantielle Nothwendigkeit; aber wirklich wird ſie erſt dadurch, daß die beiden Seiten des Willens in Differenz treten, daß die Willkühr, einerſeits als nothwendiges Moment

des ganzen Entwicklungsgeſetzes, andrerſeits als die freie Negativität des Geiſtes gegen ſein Weſen, mit der weſenhaften Nothwendigkeit ſich zur höheren Einheit vermittelt. Die ſubſtantielle Nothwendigkeit iſt aber in dieſer Sphäre nicht bloß als dem Einzelnen gegenüberſtehendes Syſtem des objektiven Willens vorhanden, ſondern ſie iſt es zugleich als ſubſtantielle Natur des Einzelnen ſelbſt, als beſtimmtes Maß von Anlagen innerhalb beſtimmter engerer und weiterer Kreiſe, kurz als individuelle Partikulariſirung des allgemeinen Ichs, des ewig Einen Geiſtes. Eben durch die ſubjektive Freiheit dieſer Individuen wird nun die Subſtanz des Willens zur organiſchen ſittlichen Welt entfaltet, was vorausſetzt, daß das einzelne Individuum denkend über ſeine ſubſtantielle Natur ſich erhebe und ſich gegen dieſelbe als frei erhalte. Während nun aber in der moraliſchen Sphäre der ſubſtantielle Wille nur als Sollen an den menſchlichen Willen herankommt und hiemit die Willkühr in der Tendenz zum Böſen ungehemmt erſcheint, ſo zeigt ſich nun hier auf dem objektiv ſittlichen Gebiete, daß der etwa auf jenem noch ſcheinbar gerechtfertigte Dualismus des Guten und Böſen in der That keine Wahrheit hat. Denn eben, weil die ſittliche Subſtanz erſt durch ihre freie Produktion aus den Subjekten zum Geiſt verklärt zu werden beſtimmt iſt, ſo iſt ſie dem Individuum vorausgeſetzt; dieſes findet ſie bereits als eine geiſtige Natur in ſich und um ſich vor und erhält eben an dieſem Vorgefundenen den Inhalt für ſeine freie Bethätigung. Eben damit iſt aber der zum Böſen tendirenden Willkühr auf objektive Weiſe Maß und Ziel geſetzt, ſofern nicht allein die ſittliche Subſtanz als Natur der Individuen, als ſie unbewußt tragende Sitte ſich ſelbſt auch ohne den direkten Willen der Individuen producirt, ſondern auch die wirklich zum Böſen hervorbrechende Willkühr der Einzelnen an der zum Guten ſtrebenden Willkühr der Andern und an dem Geſammtgeiſte ihre Schranke findet, ja die ſittliche Weltordnung

ſogar mittelſt der unlautern Beſtrebungen, die ihrer bedürfen, ſich ſelbſt in Zeiten allgemeinerer Entartung als die ſubſtantielle Möglichkeit des Beſſeren erhält. Auch die objektiv hervortretende Unſittlichkeit iſt daher ebenſo, wie das moraliſch Böſe, nothwendig, durch das Geſetz der Erſcheinung geſetzt; ja ſie iſt es keineswegs bloß auf Seiten der Beſonderheit des Willens, ſondern auch auf Seiten der Allgemeinheit. Denn auch dieſe hat die endliche Erſcheinung zu ihrem Medium und ſomit die menſchliche Willkühr zur Bedingung ihrer Vermittlung. Damit iſt aber keineswegs die vollendete Geſtalt der objektiven Freiheit etwa für einen bloßen Traum der ſubjektiven Meinung ausgegeben, wenn gleich ſie in der endlichen Erſcheinung und ihrer Zufälligkeit niemals in ihrer vollen Reinheit anzuſchauen iſt. Gleichwohl iſt ſie darin für den denkenden Geiſt als das ewige Reſultat des zeitlichen Vermittlungsproceſſes, als die Wahrheit der Weltgeſchichte vorhanden, die denn auch bei allen epochemachenden Kriſen als Silberblick hervortritt. Wie aber die ſittliche Subſtanz ſich in dem Leben des Individuums bis auf einen gewiſſen Grad in ſtiller innerer Nothwendigkeit vollbringt, ſo freilich tritt nun auch die Unſittlichkeit den Einzelnen als objektive Macht durch Beiſpiel und Verführung wie eine Krankheit an. Gleichwohl aber wird hiemit das Individuum dem Schuldbegriff und der Verantwortlichkeit nicht entrückt. Denn es iſt ſeiner Natur nach reine Freiheit, und die Willkühr iſt das Vermögen des Guten, wie des Böſen; hat aber das Subjekt das Recht der inneren Unendlichkeit der Selbſtbeſtimmung, ſo kann es auch nicht verführt werden, es hätte ſich denn ſelbſt verführen laſſen. Die menſchliche Freiheit erſcheint ſomit keineswegs als ein Abſolutes und Vorausſetzungsloſes, aber ebenſo wenig als ein durchaus Bedingtes; letzteres nicht einmal in Beziehung auf ihre Naturbeſtimmtheit, die ja ſelbſt wieder vielfältig durch die Willkühr vermittelt iſt. Eben das Geſetz der Erſcheinung bringt es nun allerdings

mit ſich, daß ganze Reihen von Individuen, ja von größeren Kompleren derſelben gegen andre zurückgeſetzt erſcheinen. Darin iſt aber nicht etwa eine prädeſtinirte Verwerfung, ein despotiſches Spiel mit der Individualität als bloßer Accidenz der ſittlichen Subſtanz zu erblicken; vielmehr muß jedes Individuum an ſich als Organ des abſoluten Geiſtes angeſehen und der Grund der Nichtrealiſirung dieſes Anſich nur in dem Geſetze der Erſcheinung geſucht werden, welches die nothwendige Bedingung der Verwirklichung der ſittlichen Idee iſt und eben deshalb deren Reinheit keinen Abbruch thut. Dies iſt um ſo wichtiger, als es in der That ſtets die große Maſſe war und ſein wird, welche ſich gegen die höchſten Intereſſen ihrer Zeit und aller Zeiten gleichgiltig verhält, und als die Zahl der Vorkämpfer des freien Geiſtes unter den Völkern ebenſo, wie unter den Individuen der einzelnen Völker, ſehr die Minderzahl darſtellt. Mit Recht iſt bemerkt worden, daß die Idee der Freiheit eben hierin ihre Erhabenheit über ihre endlichen Schranken zeigt, ſoferne ſie ſich zunächſt mit ſoviel Organen begnügt, als ihr zum Daſein nothwendig ſind, und erſt von dem ſicheren Boden ihrer Errungenſchaft aus den Verſuch macht, die übrigen todten Maſſen zum höheren Leben zu erwecken. Zur allſeitigen Entwicklung der ſittlichen Subſtanz iſt gerade eine ſolche verſchiedene Naturbeſtimmtheit der einzelnen Individuen und Nationen nothwendig, und dieſe Verſchiedenheit iſt als eine Ungerechtigkeit deshalb nicht zu verſchreien, weil auch die minderbegünſtigten Individuen und Völker den allgemeinen Geiſt nicht auſſer ſich, ſondern als heiligen Glauben in ſich tragen und weil ihre Freiheit wenigſtens dem niedern Standpunkt, den ſie ohne ihre Schuld einnehmen, entſprechen ſoll und kann, mit jeder Stufe aber auch ein beſtimmtes Maß von Befriedigung gegeben iſt. Zwar ſetzt die Möglichkeit des ſtetigen Fortſchritts voraus, daß auf der niedrigeren Stufe das Wiſſen um die reichere Fülle der höheren

entſtehen muß. Aber eben mit dieſem Fortſchritt der Bildung iſt auch die Möglichkeit der Verwirklichung der höheren Stufe gegeben. Indem das Individuum oder Volk ſich dieſer bewußt wird, ſo iſt es auch wirklich auf die höhere Stufe vorgerückt, und es iſt ſeine Schuld, wenn es mit ſeiner freien That unter ſeinem Wiſſen bleibt. Fühlt es aber kein ſolches Mißverhältniß ſeines Daſeins zu einem höheren Ideale, ſo genügt ihm an dem Maß der Befriedigung, das die geringere Stufe enthält, und ſein Unglück iſt nur das negative, von dem Bewußtſein reicherer Lebensfülle gar nicht berührt worden zu ſeyn. Ueberdies aber bleibt auch den durch ihre Naturbeſtimmtheit nicht begünſtigten Individuen nicht allein ein reiches Maß der Bethätigung ihrer Freiheit in allen denjenigen Lebensſphären, die der Zug des Weltgeiſts nicht berührt, ſondern indem ſie ſich auch nur ihre eigne ſubſtantielle Beſtimmtheit, die ja ein integrirendes Moment im ſubſtantiellen Geſammtleben iſt, zum Bewußtſein bringen und zum Inhalt ihrer freien Produktion machen, ſo haben ſie ſelbſt ſchon den Anfang zur Freiheit im allgemeinen Geiſte, wenn ſie auch von der höchſten Seligkeit, produktive Organe ſeiner höheren Entwicklung zu werden, ausgeſchloſſen bleiben. Was ſie aber ſelbſt nicht zu produciren vermögen, das ſind ſie von den bevorzugten Individuen zu empfangen berufen. Was dagegen die produktiven Organe des abſoluten Geiſtes betrifft, ſo ſcheint deren Thun gerade am wenigſten von Freiheit an ſich zu haben. Sie erſcheinen als göttliche Geſandte, die nur eine höhere Miſſion erfüllen, und zwar hat die Nothwendigkeit bei ihnen die doppelte Bedeutung, daß nicht allein das Werk, das ſie produciren, als integrirendes Moment im Entwicklungsgang des abſoluten Geiſtes, mithin gerade an dieſe beſtimmte Stelle gebunden, ſondern auch ſie ſelbſt als zu dieſer Produktion vom abſoluten Geiſt präformirte Individualitäten erſcheinen. Gleichwohl muß behauptet werden, nicht nur daß auch dieſe Produktionen des

abſoluten Geiſtes durch die freie Subjektivität vermittelt ſind und ſeyn müſſen, ſondern daß überall keine intenſivere Freiheit gedacht werden kann, als ſie bei dieſen Vorkämpfern der Geſammtentwicklung ſich finden muß. „Den Akt der Selbſtbefreiung von der Autorität, der ſubſtantiellen Macht der Andern, haben ſie am intenſivſten in ſich vollzogen und die Kühnheit gehabt, Alles auf den Gedanken zu ſtellen und einem Skepticismus zu huldigen, der um ſo unbedingter war, je energiſcher die Wirkung ihrer That iſt, der aber ſelbſt die formellſte Freiheit des Ich iſt; und nicht nur dies, ſondern, nachdem ſie die Idee von dem Scheine und Beiweſen, in welchem das Bewußtſein Anderer bei allem ſubſtantiellen Inhalte befangen bleibt, durch Abſtraktion gereinigt, ſind ſie ſo in das Centrum des Abſoluten gedrungen nur um mit einer jener Kühnheit gleichkommenden Langmuth und Geduld die im Centrum empfangene Anſchauung zum Werke auszuarbeiten, — und das Alles iſt nächſt dem Gotte ihre Freiheit und ſelbſteigene That." (Wirth. I. S. 87.) — In dieſer Anſicht liegt nun allerdings die direkteſte Negation jener Eigenliebe, welche die Individualität für das Höchſte hält und für ſie eine ſpecielle Vorſehung verlangt. Ebenſo die direkteſte Negation jener kleinmeiſterlichen Betrachtung der Geſchichte, welche ſich darin gefällt, große Erfolge auf zufällige Umſtände zurückzuführen. Ganz im Gegentheil iſt einzuſehen, einmal, daß die Evolution des abſoluten Geiſts immanente Nothwendigkeit iſt, die allerdings nur durch Vermittlung der menſchlichen Freiheit zu Stande kommen kann, daß aber zweitens dieſe Freiheit nicht etwa darin beſteht, daß das beſtimmte Individuum durch ſein Handeln oder Nichthandeln den an und für ſich nothwendigen Verlauf hindern könnte, und daß dieſer ſelbſt nicht an beſtimmte Individuen gebunden, die Exiſtenz der Individualität an ſich vielmehr Zufall iſt. „Das Ich, deſſen Begriff ewige Nothwendigkeit in ſich ſchließt, iſt der Geiſt, welcher ein Moment des

abſoluten Geiſtes zu ſeiner innerſten Perſönlichkeit erhebt und als dieſe bethätigt. Dieſes Ich ſetzt ſich ſelbſt mit freier Nothwendigkeit, gleichgiltig, ob als dieſe oder jene empiriſche Individualität. Ihre Erhabenheit aber über das Einzelne und Freiheit gegen dieſes zeigt die allgemeine Subſtanz überall darin, daß ſie jenes aus ihrem Grunde in einem gewiſſen Ueberfluſſe hervorgehen läßt. Nicht nur Individualitäten überhaupt, ſondern auch hochbegabte quellen aus dem Schooße des Göttlichen zu allen Zeiten in unbeſtimmbarer Emanation, und ſelbſt manches Talent, das, in einem adäquateren Elemente aufgewachſen, Herrliches hätte ſchaffen können, geht nun in ſtiller Einfachheit unbemerkt zu Grunde.“ (Wirth. I. S. 88, 89.) — Wenn nun hiemit allerdings nur die weſentliche, nicht die empiriſche Individualität als das Organ der Evolution des abſoluten Geiſtes erſcheint, ſo liegt doch darin weder (wie ſchon gezeigt iſt) eine Ungerechtigkeit gegen die empiriſche Individualität, noch iſt dieſe, obgleich ihre Exiſtenz an ſich die Zufälligkeit einſchließt, zur bloßen Accidentalität herabgeſetzt. Letzteres iſt nur eine Konſequenz des pantheiſtiſchen Determinismus, während die umgekehrte Anſicht, daß jede Individualität mit dem ganzen Regreß ihrer Bedingungen von Ewigkeit her nothwendig beſtimmt ſei, dem religiöſen eignet. Das Subſtantialitäts- und Kauſalitätsverhältniß gehört aber überhaupt dieſer Sphäre nicht mehr an. Nur in der Natur geht das Einzelne in der Gattung unter, ruht befriedigt in ſeiner Natur und bleibt eben damit ein Geſetztes, Accidentelles. Mit der menſchlichen Individualität aber, wo ſie nur überhaupt aus dem Kreiſe der Naturbeſtimmtheit hervortritt, ſtellt ſich ſogleich der Proceß der Negativität gegen die Subſtanz ein; das Geſetzte hebt ſich als bloß Geſetztes auf und ſetzt ſich ſelbſt; obgleich es daher Zufall iſt, daß gerade ſo viel Individuen und dieſe beſtimmten empiriſch exiſtiren, ſo iſt doch nicht auf zufällige, ſondern nothwendige Weiſe in ihnen allen die ſittliche

Subſtanz als reale Möglichkeit der Erhebung in den abſoluten Geiſt, und zugleich die Freiheit als das Vermögen, dieſe Möglichkeit zur Wirklichkeit zu erheben, geſetzt. Ihre eigene Sache iſt es alſo, ſich aus dem Zuſtande der bloßen Accidentalität zur freien Energie des Abſoluten hinaufzuringen, je nach dem Maße der natürlichen Anlage. Man wird allerdings annehmen müſſen, daß die endliche Entwicklung erſt dann extenſiv, wie intenſiv, vollendet ſeyn werde, wenn das ſittliche Leben nicht nur qualitative, ſondern auch quantitative Allgemeinheit iſt, wie denn auch die Weltgeſchichte der offenbare Schritt zu dieſem Ziele iſt. Gleichwohl iſt es aber eine irrige Vorſtellung, wenn die empiriſche Univerſalität mit der geiſtigen verwechſelt und die letztere, ſtatt in ihrem ewigen Seyn begriffen zu werden, als Ideal in die Zukunft hinausgerückt wird. In der That iſt auch die durch das Geſetz der Erſcheinung beſtimmte Oekonomie des abſoluten Geiſtes, wornach die Gaben verſchieden ausgetheilt ſind und mancher ſittliche Keim mit oder ohne Schuld unentwickelt bleibt, nur der egoiſtiſchen Individualität erſchreckend, die wo möglich einen Gott für ſich allein haben möchte und nur dann befriedigt iſt, wenn ſie ſich in ihrer ganzen empiriſchen Beſtimmtheit als von ewig her geſetzt betrachten darf, während dagegen der Individualität, die nicht ſich ſelbſt über Alles, ſondern nur ſich im Ganzen liebt, eine derartige Prätenſion als ebenſo ihrer ſelbſt, wie des abſoluten Geiſtes unwürdig vorkommen muß, — ihrer ſelbſt, weil ſie, um Geiſt zu ſeyn, frei ſeyn muß, dies aber nicht ſeyn könnte, wenn ſie mit Haut und Haar prädeſtinirt wäre; des abſoluten Geiſtes aber, weil deſſen Freiheit und Erhabenheit über die endliche Schranke eben darin beſteht, nicht an die beſtimmten Individuen gebunden zu ſeyn, was eine mechaniſche Nothwendigkeit wäre, ſondern ſein an und für ſich nothwendiges Werk als freie Schöpfung durch frei aus der Nothwendigkeit entlaſſene und frei in ſie zurückkehrende Kräfte zu vollbringen.

Dabei kann dann freilich das Abſolute weder als abſtrakte Subſtanz, noch als ein Abſtraktum andrer Art, ſondern es muß als lebendige Totalität der in ihm ſich frei bewegenden Individuen aufgefaßt werden. Damit iſt aber ſo wenig der Indeterminismus zugegeben, daß es vielmehr eher nöthig ſcheint, den Schein des Determinismus von der ſpekulativen Anſicht zu entfernen. Denn die menſchliche Freiheit und die dadurch bedingte Zufälligkeit iſt ja weſentlich nur als Moment in der an und für ſich nothwendigen Bewegung geſetzt, die formelle Freiheit iſt ſo wenig zum ſchöpferiſchen Principe gemacht, daß ihr vielmehr die Allmacht der Vernunft ebenſo zum ſubſtantiellen Grunde, wie zum allein poſitiven Reſultat gegeben iſt, von einer abſoluten Zufälligkeit des menſchlichen Handelns alſo am wenigſten die Rede ſeyn kann. Gleichwohl iſt aber auch die ſpekulative Anſicht nicht deterministiſch, da ſie mit der einfachen Frömmigkeit zwar allerdings die Anſchauung der Immanenz des Abſoluten im Endlichen, aber keineswegs mit den deterministiſchen Syſtemen die Vorſtellung von der unmittelbaren Einheit des Weſens und der Erſcheinung, damit der Aufhebung der menſchlichen Selbſtbeſtimmung, der Prädeſtination, der Ergebung in das Abhängigkeitsbewußtſein (das chriſtliche, ſpinoziſtiſche oder materialiſtiſche), folgerichtig auch der bloß mechaniſchen Einheit der Weltregierung (ſo ſehr man auch die Freiheit poſtuliren mag) theilt, vielmehr wiederum in Uebereinſtimmung mit der einfachen Frömmigkeit jene Immanenz nur als lebendigen Proceß auffaßt, deſſen gedankenmäßige Entwicklung die formelle Freiheit nicht ausſchließt, ſondern als weſentliches Moment auch in der abſoluten Freiheit zu erkennen giebt. —

§. 60.

Indem aber die ſpekulative Anſicht die Vernunft als die ſubſtantielle Macht alles Einzelnen ausſpricht, die daher auch aller formellen Selbſtbeſtimmung vorhergeht und alle aus dieſer

hervorgehende, dem Weltzweck widerſprechende Reſultate an dem innern Widerſpruch, der daraus hervorbricht, zu Grunde richtet, ſo ſtellt ſie, wie ſchon angedeutet, auch in der objektiven Sphäre das richtige Verhältniß zwiſchen dem Guten und Böſen her. Sie zeigt nämlich, daß das Böſe zwar nicht als reine Negation und Privation, daß es aber auch nicht als abſolut ſelbſtſtändiges, ſich immanent entwickelndes Princip zu denken ſei, eben weil es in ſich einen unaufgelöſten Widerſpruch bildet, der zwar aus dem Weſen des Willens ſich erzeugen muß, aber nur um durch ſeine immanente Wiederaufhebung die abſolute Selbſtſtändigkeit des Guten zu offenbaren. Es kann dieſer Widerſpruch in der objektiven Sphäre immer nur ein partieller bleiben, da er ſich nicht nur ſubjektiv auf der Grundlage der natürlich ſittlichen Gewohnheit, ſondern auch objektiv nur auf dem Boden der ſittlichen Gemeinſchaft und ihrer Inſtitutionen bewegt, eben deshalb aber nie zur für ſich ſeienden Allgemeinheit ſich fixiren kann, ſondern ſtets durch die Geſammtthätigkeit, die den allgemeinen Geiſt erzeugt, in dieſen wiederaufgehoben wird. In der That zeigt auch die Erfahrung, daß ſelbſt Perioden allgemeiner Anarchie und Zertrümmerung der beſtehenden ſittlichen Ordnung nur als Durchgangsmomente in der Geſchichte auftreten, und daß die partikulariſirende Selbſtſucht ſchon durch ihren eigenen Vortheil zur Reorganiſation der ſittlichen Gemeinſchaft zurückgetrieben wird. Ja das Unſittliche ſetzt eben vermöge ſeiner Natur, welche die abſtrakte Diskretion iſt, ſich nicht nur das Gute, ſondern auch ſich ſelbſt als Schranke entgegen. Die eine Form deſſelben ſchließt die andere aus, im Einzelleben, wie im Geſammtleben. Eben deshalb aber kann es keinen Organismus des Böſen oder des Unſittlichen geben. Wo es vielmehr in der objektiven Sphäre auftritt, kommt ihm nur die Kollektivallgemeinheit, nicht die wahre zu, während es vielmehr ſelbſt von den ſubſtantiellen Lebensmächten getragen wird. Auch

hier zeigt wieder die geſchichtliche Erfahrung die Wahrheit der ſpekulativen Anſicht, ſofern ſie nirgends eine immanente Fortentwicklung des Böſen erblicken läßt, wie ſie dem Sittlichen zukommt. Niemals hat das Böſe in der Welt zur allgemeinen Herrſchaft durchzudringen vermocht; aber auch nicht einmal eine ſtetige Fortbildung deſſelben läßt ſich nachweiſen, wenn es gleich nie verſchwunden, wenn gleich eine Form deſſelben ſtets durch eine andere abgelöst worden und die Wahrheit nicht abzuläugnen iſt, daß auch das Böſe als traditionelle Ueberlieferung wirkt. Denn es kommt hier nicht auf die Verhältniſſe der Quantität und des Umfangs, ſondern weſentlich auf das der Intenſität an; hält man aber dieſes feſt, ſo muß man zugeben, daß die intenſive Macht des Böſen gegenüber der Macht der Sittlichkeit in ſtetigem Abnehmen begriffen iſt, oder man muß alle Gedanken über Perfektibilität des Menſchengeſchlechts aufgeben. Iſt aber aufgewieſen, daß die Unſittlichkeit ſelbſt keine objektiv-allgemeine Macht iſt, ſo liegt eben darin auch das Umgekehrte, daß das Sittliche ſelbſt eine ſolche ſei, und in deren organiſchen Proceß das Böſe nur als Moment eintrete. Damit iſt aber nicht etwa die Meinung derjenigen gebilligt, welche behaupten, daß Sünden und Laſter aller Art an und für ſich ſelbſt als organiſche Glieder der ſittlichen Ordnung in poſitiver Weiſe nothwendig ſeien. Im Gegentheil können dieſelben nie als Zweck, ſondern nur als Mittel zugegeben werden, und zwar als Mittel, die nur durch ihre eigene Negation den Zweck hervorbringen. Sie müſſen alſo als in ſich unvernünftig und verwerflich feſtgehalten werden, wenn gleich zugegeben iſt, daß die völlige Abſtraktion von aller partikulariſirenden Thätigkeit der Selbſtſucht unmöglich iſt, wenn nicht die lebendige Vermittlung der Sittlichkeit, welche eben auf dem Widerſpruch zwiſchen der kontinuirlichen Allgemeinheit und der Diskretion der Beſonderheit beruht und nur durch den ſteten Kampf zwiſchen beiden zur völligen Ueberwindung

und Verklärung der Natur, zur konkreten Durchbildung des intellektuellen Willens führen kann, geradezu aufgehoben werden ſoll. Das Unſittliche exiſtirt eben nur als der ſtets in ſich ſelbſt ſich wieder auflöſende Widerſpruch. Wenn gleich daher auch dem Böſen in der ſubjektiven, wie in der objektiven Sphäre eine Fortpflanzung und Weiterwirkung zukommt, ſo iſt dieſe doch eben nur als fortgeſetzter Widerſpruch zu begreifen, d. h. mit der fortwirkenden partiellen Zerſetzung ſittlicher Elemente iſt von ſelbſt auch die Wiederherſtellung derſelben mittelſt der Selbſtvernichtung der Folgen des Böſen gegeben. In der Natur des Böſen als eines inneren Widerſpruchs am Willen liegt die Nothwendigkeit für daſſelbe, dieſen Konflikt als einen unerträglichen zu empfinden und aus der Negation zur ſittlichen Poſition zurückzuſtreben. Iſt die ſittliche Subſtantialität mit dem Weſen des Menſchen identiſch, ſo kann auch die Seligkeit nur im Gefühle der Exiſtenz dieſer Identität liegen, während das entgegengeſetzte Bewußtſein das Gefühl der innern Unſeligkeit in den mannigfachſten Formen und Stufen hervorbringen muß. Aber die Manifeſtation der inneren Negativität des Böſen tritt nicht nur ſubjektiv, ſondern auch objektiv auf, theils in den ſogenannten natürlichen Strafen des Böſen, theils in der ausdrücklichen Reaktion der ſittlichen Weltordnung gegen daſſelbe. Und ebenſo iſt mit dem energiſchen Bewußtſein ſeiner Negativität für das Böſe auch die Aufhebung ſeiner Unſeligkeit in den Frieden der verſöhnenden Liebe geſetzt. Dieſe Verſöhnung vollbringt ſich aber als immanente Verklärung des Endlichen überhaupt in der konkreten Geſtaltung der ſittlichen Weltordnung als für ſich werdende Freiheit der abſoluten Subſtanz.

III. Das Gewiſſen.

§. 61.

In der Entwicklung des denkenden Willens zur abſoluten Freiheit hat ſich die Subſtanz des Willens als die Nothwendigkeit erwieſen, zu welcher der im Denken frei und produktiv gewordene Wille ſich endlich von ſelbſt zurückwendet. Das Ende des Proceſſes iſt hiemit die Identität beider Momente des ſubſtantiellen Gefühls auf der einen, der freien Intelligenz auf der andern Seite. Beide bedürfen einander nothwendig; denn jenes muß von dieſer erſt entwickelt und ſich ſelbſt deutlich gemacht werden; die freie Intelligenz aber kann in willkührlicher Oppoſition gegen ihren ſubſtantiellen Grund ſich nicht erhalten, ohne den Geiſt in Widerſpruch mit ſich ſelbſt zu bringen. Beide Momente ſind daher ſchon von Natur dieſer Endbeſtimmung gemäß durch ein Band verknüpft, vermöge deſſen ſie kontinuirlich auf einander bezogen ſind. Dieſe natürliche Kopula iſt das Gewiſſen.

§. 62.

Unter Gewiſſen iſt alſo nicht der ſubſtantielle Grund des freien Geiſtes in ſeiner Unmittelbarkeit zu verſtehen, ſondern vielmehr deſſen in die Empfindung tretende Beziehung auf das Denken und Wollen des freien Geiſtes. Es tritt daher ſelbſt erſt mit der Freiheit ein und entwickelt ſich mit dieſer, hat daher ein Werden und eine Bildungsgeſchichte, wie dieſe, und kommt mit ihr erſt in der Identität der abſoluten Freiheit zu ſeiner vollen Wahrheit. Denn hier erſt iſt die ſittliche Subſtanz in den Geiſt verklärt und der Geiſt mit der von ihm geſchaffenen Welt zurückgegangen in das Centrum der einfachen Empfindung. Auf dem Wege des Entwicklungsproceſſes zu dieſem Ziele aber iſt das Gewiſſen das kontinuirlich den producirenden Willen begleitende Gefühl ſeines ſubſtantiellen Grunds und ſeiner Beziehung auf die freie Produktivität des Willens.

Dieſes Gefühl iſt hiemit eine ſtete Vergleichung der freien Thätigkeit mit dem ſubſtantiellen Grunde des Willens, woraus ein Urtheil des Geiſtes über ſich ſelbſt reſultirt, vermöge deſſen der freie Geiſt entweder ſich im Widerſpruch oder in der Einheit mit ſeiner Subſtanz empfindet. Das Gewiſſen iſt ſomit das unmittelbare Vernehmen der ſittlichen Idee im Innerſten des Gemüthes in ihrem Verhältniß zur freien Produktivität.

§. 63.

Aus dieſem Begriff des Gewiſſens ergiebt ſich, daß ihm nicht die ſittliche Produktivität zukommt, welche vielmehr allein der das ſubſtantielle Gefühl entwickelnden und ſich ſelbſt deutlich machenden praktiſchen Intelligenz angehört; wohl aber iſt das Gewiſſen, als das die Produktivität des intellektuellen Willens begleitende Gefühl der Billigung oder Mißbilligung, der ſubjektive Impuls zu immer größerer Reinigung der praktiſchen Intelligenz, womit auch eine immer fortſchreitende Bildung des Gewiſſens ſelbſt Hand in Hand geht. Und nicht nur dies, ſondern auch die Forderung des immer tieferen Inſichgehens des praktiſchen Denkens liegt im Gewiſſen, eine Forderung, die ſich erſt dann erfüllt zeigt, wenn es zur Durchbildung der abſoluten Freiheit und dazu gekommen iſt, daß die Einſicht des ſubſtantiellen Inhalts individuelle Gewißheit, das Reſultat des praktiſchen Denkens Herzensbedürfniß geworden iſt. Ehe es dahin gekommen iſt, bleibt freilich das Gewiſſen als ſubjektives Gefühl eine mangelhafte Form, weil es einestheils als das rein Innerliche gegen die Objektivität des wirklichen Handelns ſich gleichgiltig verhält, anderntheils die Ausbildung ſeines ſubſtantiellen Grundes zu einem konkreten objektiv ſittlichen Inhalt erſt durch die Intelligenz erhalten kann. So wenig man daher ſagen kann, daß das Gewiſſen an ſich nur die abſtrakte Spitze der Subjektivität, daher ſeine Stimme trügeriſch und es vielmehr ſchlechthin dies ſei, auf dem Sprunge zu ſeyn, in's Böſe überzuſchlagen (denn hier wäre der ſub-

ſtantielle Grund des Gewiſſens ganz verkannt), eben ſowenig darf man auch das Gewiſſen mit der praktiſchen Intelligenz verwechſeln und in jenem die adäquate Form für den Inhalt der ſittlichen Wahrheit ſuchen, da nur die praktiſche Intelligenz die Möglichkeit enthält, beide Momente in die wahre Einheit zu bringen. Erſt das durchgebildete Gewiſſen fällt mit der praktiſchen Vernunft in Eins zuſammen; an ſich aber iſt das Gewiſſen nur ſubjektives Gefühl und daher mit jenem doppelten Mangel behaftet, der aber allerdings dadurch aufgehoben werden kann, daß der unmittelbare Ausſpruch des Gefühls im Denken objektivirt und gerechtfertigt wird. Daher genügt es denn nun allerdings nicht daran, daß man überhaupt auf die Stimme des Gewiſſens höre, ſondern es iſt weſentlich, daß man ſeinen Ausſpruch ſich denkend zum deutlichen Bewußtſein bringe und ihn hiemit ebenſowohl zum tieferen Eindringen der Intelligenz in die ſitttliche Wahrheit, als zu der damit Hand in Hand gehenden relativen Berichtigung des unmittelbaren Selbſtbewußtſeins benütze. Jedenfalls aber liegt hiemit im Gewiſſen das Angeführte, daß es der Jedem von Natur gegebene ſubjektive Sporn zur Ausbildung ſeines ſittlichen Denkens und Wollens und die von keinem zu verläugnende innere Stimme iſt, welche ihm dieſe Ausbildung zu einer perennirenden ſittlichen Aufgabe macht.

§. 64.

Das Gewiſſen beſtimmt ſich hiemit als die Denken und Wollen zuſammenhaltende Einheit. In der Freiheit des Geiſtes liegt ja nämlich die Nothwendigkeit des relativen Fürſichſeins dieſer beiden Momente, eben darin aber auch die Möglichkeit, daß beide ſich trennen und der Wille das Entgegengeſetzte von dem thut, was die Intelligenz als das Subſtantielle erkennt oder erkennen ſollte. Hier tritt nun das Gewiſſen als das unmittelbare Gefühl der ſubſtantiellen Beſtimmung des Ich in die Mitte. In ihm verkündigt ſich die Pflicht,

und damit die Forderung an die Intelligenz, dieſe Pflicht ſich zu objektiviren und in den Willen zu legen. Im konkreten Fall des Handelns alſo ebenſo, wie über den allgemeinen ſittlichen Zuſtand des Individuums, giebt das Gewiſſen ſeine Stimme ab und macht dadurch den Menſchen verantwortlich. Denn ſeine Sache iſt es ſofort, das unmittelbar anklingende Gefühl ſeiner ſubſtantiellen Beſtimmung in Gedanken zu überſetzen, ſein Urtheil ſich deutlich zu entwickeln; und ſein Verdienſt, wie ſeine Schuld iſt es, wenn er ſich nun entweder dazu beſtimmt, ſeine ſubſtantielle Beſtimmung zu denken und zu wollen, oder aber im Widerſpruch mit jenem Urtheile ſeines ſubſtantiellen Selbſtbewußtſeins zu beharren. Nur freilich iſt auch hier das Gewiſſen an ſich noch nicht die vollendete Form der ſittlichen Wahrheit, was vielmehr nur der zur abſoluten Freiheit durchgebildeten praktiſchen Intelligenz zukommt, ſofern dieſe in jedem konkreten Fall die Allgemeinheit, wie ſie gerade für dieſen Fall ſich beſtimmt, erkennt und eben damit den antreibenden und billigenden Ausſpruch des Gewiſſens aus ſich ſelbſt ſetzt; während umgekehrt das Gewiſſen für ſich allein auch ſich abſtrakt fixiren und zur feigen Grübelei werden kann.

§. 65.

Wie nun aber vor dem Handeln das Gewiſſen als die Denken und Wollen zuſammenhaltende Macht, als die unabtreibliche Sollicitation zum ſittlichen Denken und Wollen auftritt, ſo macht es ſich auch nach vollbrachter Handlung gegen die Diſtinktionen des reflektirenden Verſtandes, der die Schuld ganz oder theilweiſe vom Willen abzuwälzen verſucht, als die unwillkührliche Zurechnung der Handlung geltend. Zwar iſt auch dieſe Zurechnung noch nicht die wahre, welche vielmehr nur als ein mannigfach vermittelter Gedankenproceß durch die Dialektik ſubjektiver und objektiver Momente zu Stande kommt. Es kann daher die vom Gewiſſen ausgeſprochene Imputation, weil ſie die Unendlichkeit des Gefühls zur Baſis hat, über-

trieben ſeyn. Gleichwohl bildet ſie aber, wie die Forderung, ſo auch die weſentliche Grundlage der in den Gedankenproceß zu überſetzenden Imputation. Denn immer bleibt das Gewiſſen das Gefühl der ſubſtantiellen Nothwendigkeit in deren unmittelbarer Beziehung zu der durch die Handlung hervorgebrachten Objektivität [1]).

IV. Reſultat.

§. 66.

Aus dem Bisherigen geht nun Folgendes hervor: Der verbrecheriſche Wille hat ſeinen Urſprung in der menſchlichen Willkühr oder Wahlfreiheit, als dem Vermögen des Guten und des Böſen. Seine Entſtehung ſetzt daher voraus, daß der Menſch aus dem Zuſtande des natürlichen Willens herausgetreten und nicht wieder in denſelben zurückgefallen ſei. Denn, ſolange der Wille unter der Naturbeſtimmtheit ſteht, iſt er gar nicht wahrhaft Wille, iſt nicht frei, ſondern unfrei. Ebenſowenig kann aus dem zur abſoluten Freiheit durchgedrungenen Willen das Verbrechen hervorgehen, da dieſer Wille die durch Freiheit vermittelte Identität der ſubſtantiellen Allgemeinheit mit der Beſonderheit iſt. Nur die Willkühr iſt daher die Quelle des verbrecheriſchen Willens, und nur mit dieſer Form der Freiheit hat es ſomit das Strafrecht zu thun.

§. 67.

Indem aber das Verbrechen ſeine Quelle in der Willkühr hat, ſo hat es ſeine Quelle in der Freiheit, wenn gleich nicht in der vollendeten Form derſelben. Denn die Willkühr ſetzt den Akt der reinen Freiheit voraus. Obgleich daher der Verbrecher, indem er ſich an die Gewalt des Naturtriebs oder

1) Vergl. überhaupt die mehr angef. Schriften von Vatke und Wirth.

ein ſophiſtiſches Raiſonnement hingiebt, ſich ſelbſt unfrei macht, ſo iſt doch eben dieſe Thätigkeit ſeine Selbſtbeſtimmung und freie That. Seine Unfreiheit iſt eine freiwillige. Denn der Akt der reinen Freiheit, welchen die Willkühr involvirt, ſetzt den Bruch des Denkens mit der Natur, hiermit aber die Möglichkeit voraus, zwiſchen Vernunft und Trieb zu wählen, daher auch die Möglichkeit, das Verbrechen, wozu der Wille ſich beſtimmt hat, nicht zu begehen.

§. 68.

So gewiß nun zwar an der menſchlichen Freiheit der ſubſtantielle Grund, aus welchem ſie hervorgeht, ſich forterhält und in verſchiedenen Formen der Nothwendigkeit durch ihren Entwicklungsproceß ſich hindurchflicht, ebenſo gewiß iſt auch, daß keine dieſer Formen eine wirkliche Schranke für ſie bildet, wie dies von der Natur, von dem Kauſalitätsgeſetz und dem abſoluten Willen im Vorhergehenden nachgewieſen worden iſt. Im Gegentheil hat ſich endlich noch das Gewiſſen als die unabläßig mahnende, warnende und richtende Stimme des ſubſtantiellen Gefühls aufgewieſen, welche von der Natur dem ſophiſtiſch diſtinguirenden Verſtande der Willkühr als Gegengewicht beigegeben iſt und dieſem die letzte Ausflucht benimmt, womit er die Schuld ſeiner Thaten von ſich abzuwälzen verſuchen möchte. Somit ergiebt ſich die menſchliche Freiheit als die allen deterministiſchen Einwendungen entnommene Grundlage für die folgende Unterſuchung.

Zweiter Abſchnitt.

Die Handlung und die Schuld.[1])

---

§. 69.

Das Verbrechen hat ſich als Produkt des Willens und zwar als Produkt der freien Willkühr erwieſen, ſofern dieſe kraft des aus dem Entwicklungsproceſſe des abſoluten Willens für ſie reſultirenden Vorrechts ſich dazu beſtimmt, ſich als beſondern Willen dem allgemeinen als ſolchen entgegenzuſetzen. Es iſt hiermit eine Unterart des Böſen überhaupt, und zwar insbeſondre des ſubjektiv Böſen, welches als Verbrechen ſeine ſpecifiſche Beſtimmtheit darin hat, als einzelner Akt gegen irgend eine beſtimmte beſondere Potenz des Sittlichen in das objektive Daſein hervorzubrechen.

§. 70.

Als ſubjektiv böſe Handlung ſetzt das Verbrechen einen objektiven Kreis von Pflichten und Geſetzen voraus, gegen welchen eben es die Verkehrung des ſubjektiven Willens bildet, welche Verkehrung zugleich eine ſolche gegen die eigene ſittliche Natur des ſubjektiven Willens iſt. Das Bewußtſein eines ſolchen Pflichtenkreiſes muß ſich alſo in dem Individuum entwickelt haben, wenn es des ſubjektiv Böſen fähig ſeyn ſoll. Denn erſt mit dieſem Bewußtſein iſt die Möglichkeit jener Verkehrung als einer freiwilligen gegeben. Erſt dieſe aber begründet die Schuld.

§. 71.

Das Verbrechen iſt mithin ſchuldvolle Handlung[2]) und ſetzt als ſolche formell die Freiheit des rechtsverletzenden Subjekts voraus. Es genügt alſo nicht an der bloßen Kauſa=

---

1) Hegel §. 107 — 113.
2) Heffter §. 47. Abegg §. 78.

lität, wie ſie auch von der Natur ausgeſagt wird, ſondern es wird die freie Kauſalität zum Verbrechen erfordert. Dieſe freie Kauſalität entwickelt ſich aber mit dem Begriff der Handlung, wie er dem Verbrechen weſentlich iſt, zu verſchiedenen weiteren Beſtimmungen. In dem Begriff der Handlung liegt nämlich eine dreifache Differenz, in welche ſich das Subjekt begiebt, 1) zu der äuſſeren Objektivität des endlichen Daſeins, 2) zu dem in demſelben Medium ſich bethätigenden Willen anderer Subjekte, 3) zu dem objektiven ſubſtantiellen Willen.

§. 72.

Nach allen dieſen Momenten beſtimmt ſich nun die Schuld näher; das Urtheil aber darüber, ob und in wie weit nach den genannten Beziehungen in einer äuſſerlich exiſtent gewordenen Rechtsverletzung eine ſchuldvolle Handlung vorliege, heißt Zurechnung. Aus dieſem Begriffe der Zurechnung ergiebt ſich aber: a) daß die Unterſcheidung einer ſogenannten Imputatio facti von einer Impulatio juris eine werthloſe iſt, b) daß die rechtliche Zurechnung von der moraliſchen nicht principiell unterſchieden iſt, c) daß die Begriffe von Zurechnung und Handlung ſich decken, daher von Zurechenbarkeit überall nur da die Rede ſeyn kann, wo der Begriff der Handlung, d. h. der in der Objektivität mit ſich identiſchen freien Subjektivität Anwendung findet.

Anm. — 1) Zum Begriffe des Verbrechens gehört es nothwendig, daß daſſelbe Handlung und zwar durch freie Selbſtbeſtimmung geſetzte, ſchuldvolle Handlung ſei. Mit andern Worten, es gehört dazu, daß es eine zurechenbare, mithin von einem zurechnungsfähigen Subjekte begangene Handlung ſei. Dagegen erklärt ſich wunderlicher Weiſe wieder Luden[1], indem er das Merkmal der Zurech-

---

1) Abhandlungen II. S. 70. ff. Handbuch. §. 32. Früher wurde dieſelbe Anſicht beſonders von Stübel vertheidigt. Thatbeſtand. S. 8—24.

nungsfähigkeit von dem allgemeinen Thatbeſtande des Verbrechens ausgeſchloſſen haben will. Zwar ſcheint es, als wolle er hiermit über den Begriff des Verbrechens nichts beſtimmen, da er dieſen ausdrücklich von dem allgemeinen Thatbeſtand unterſcheidet. Allein von dieſer nichtsſagenden Diſtinktion können wir abſehen, da er gleichwohl ſelbſt ſagt, der Thatbeſtand des Verbrechens ſei der Inbegriff der Merkmale, die eine Handlung an ſich tragen müſſe, um unter den Begriff des Verbrechens ſubſumirt werden zu können, womit offenbar der Thatbeſtand als der Inhalt des Begriffs bezeichnet wird. Sein Grund iſt nun: die Zurechnungsfähigkeit ſei nur ein Zuſtand, in welchem der Menſch ſich ohne ſein Zuthun befinde, und könne darum nicht für ein Merkmal einer Handlung ausgegeben werden. Zwar könne Niemand beſtraft werden, der ſich nicht bei Verübung des Verbrechens im Zuſtande der Zurechnungsfähigkeit befunden habe, aber gerade daraus folge, daß die Zurechnungsfähigkeit kein Beſtandtheil der Handlung ſeyn könne, welche zugerechnet werde (von welcher durch die Zurechnung geurtheilt werde, daß ſich der Handelnde bei ihrer Begehung in zurechnungsfähigem Zuſtande befunden habe). Die Zurechnungsfähigkeit könne ſtrafrechtlich nur in Betracht kommen, um auf ſie eine verbrecheriſche Handlung zu beziehen. Daher müſſe denn im Syſteme die Zurechnungsfähigkeit erſt nach dem allgemeinen Thatbeſtande des Verbrechens abgehandelt werden. — Allein dieſe Anſicht iſt um ſo wunder-

---

Etwas Anderes iſt es, wenn Feuerbach §. 81. unter Thatbeſtand nur die objektive Seite des Verbrechens verſteht (wogegen er freilich ſogleich in §. 82. eine auffallende Inkonſequenz begeht). Denn, indem er die Zurechenbarkeit als (ſubjektiven) Grund der abſoluten Strafbarkeit aufführt, rechnet er ſie zum Begriff des Verbrechens. Die richtige Anſicht ſ. bei Wächter Lehrb. I. S. 77.

licher, da Luden zu dem allgemeinen Thatbeſtand als weſentliches Moment die entweder als Vorſatz oder als Fahrläßigkeit erſcheinende verbrecheriſche Willensbeſtimmung rechnet. Man muß ihn nun billig fragen, wie er es denn angreife, ſich eine verbrecheriſche Willensbeſtimmung ohne Zurechnungsfähigkeit zu denken? und wie er ſich eine verbrecheriſche Handlung vorſtellen könne, die etwa nicht zuzurechnen wäre? In der That kann ja doch von dolus und culpa überall nur die Rede ſeyn, wenn eine freie Selbſtbeſtimmung und eben damit die Zurechnungsfähigkeit vorausgeſetzt iſt. Dolus und culpa ſind ja nichts anderes, als Formen der verbrecheriſchen Willensbeſtimmung, die durch und durch von der Zurechnungsfähigkeit bedingt iſt. Eine doloſe oder kulpoſe Handlung, bei der die Möglichkeit gedacht wird, daß ſie in unzurechnungsfähigem Zuſtande begangen worden ſei, iſt das ſchlechthin Undenkbare. Uebrigens iſt die Verwechslung, die ſich Luden hier zu Schulden kommen läßt, ganz klar. Er ſagt, der Gegenſtand der Zurechnung ſei das Verbrechen, während doch in Wahrheit dies nur von der Objektivität des Verbrechens geſagt werden kann. Ganz mit Unrecht polemiſirt er gegen Abegg, der dies ſehr richtig ausführt [1]. Wäre der Gegenſtand der Zurechnung das Verbrechen, d. h. nicht bloß die objektive Rechtsverletzung, ſondern dieſe zugleich als eine dolos oder kulpos hervorgebrachte, ſo bedürfte es der Zurechnung gar nicht; in dem Urtheil, daß eine ſolche verbrecheriſche Erſcheinung vorliege, wäre das die Zurechnungsfähigkeit bejahende Urtheil immer ſchon mitenthalten. Wenn aber Luden meint, daß auch Abegg das Verbrechen nach ſeiner ſubjektiven Seite als Gegenſtand der

---

1) Lehrbuch §. 78 ff.

Zurechnung prädicire, ſo mißverſteht er ihn durchaus. Das iſt nun freilich nicht zu beſtreiten, daß die Zurechnungsfähigkeit nicht zur differentia specifica der verbrecheriſchen Handlung gehört; aber ſie darum vom Thatbeſtand des Verbrechens auszuſchließen, iſt nicht minder abenteuerlich, als wenn man behaupten wollte, es gehöre dazu auch nicht der Begriff der Handlung, der Selbſtbeſtimmung überhaupt. Auch das iſt nicht zu beſtreiten, daß der Zweck der Zurechnung iſt, über die Schuld und die Strafbarkeit eines Subjekts zu beſtimmen; aber eben dies kann ja nur dadurch geſchehen, daß geurtheilt wird, es ſei eine gewiſſe objektiv vorliegende Rechtsverletzung auf den Willen eines Subjekts als beſtimmendes Princip zu beziehen; unmöglich kann alſo der Gegenſtand der Zurechnung eben dieſes Willensmoment ſchon enthalten; denn wenn er es enthielte, ſo wäre alles weitere Urtheil überflüſſig. Luden ſagt: man werde doch nicht behaupten wollen, daß Jemand ſeiner Zurechnungsfähigkeit für ſchuldig erklärt werde. Gewiß nicht, aber in ſeiner Anſicht liegt das Widerſinnigere, daß Jemand ſeiner Schuld für ſchuldig erklärt werden ſoll. Was er ſich denkt, wenn er ſagt, die Zurechnungsfähigkeit ſei nur ein Zuſtand, auf welchen eine verbrecheriſche Handlung bezogen werde, iſt nicht zu begreifen. Denn ſtrafrechtlich kommt ja dieſer Zuſtand überall nicht als ſolcher, ſondern nur die darin begangene Handlung in Betracht, wie man aber die Handlung von dem Zuſtande der Zurechnungsfähigkeit, der den Begriff der Handlung weſentlich bedingt, kann trennen wollen, was man ſich unter dem einen Moment abgeſehen vom andern überall vorſtellen mag, das eben iſt das Unfaßliche. Auch die praktiſchen Bedenken, welche Luden der gewöhnlichen Lehre entgegenſetzt, ſind unſtichhaltig. Wenn er ſagt, es würde daraus folgen, daß die Specialinqui-

ſition gegen einen Menſchen verhängt werden könnte, ehe nur überhaupt ausgemacht wäre, ob wirklich ein Verbrechen verübt worden oder nicht, — ſo iſt dies allerdings richtig, ſofern man unter letzterem verſteht, daß das Verbrechen ſeiner Totalität nach noch nicht vollkommen bewieſen ſei; durchaus falſch aber, wenn er etwa ſagen wollte, es könne nach dieſer Anſicht Specialunterſuchung verhängt werden, ehe die Wahrſcheinlichkeit vorhanden ſei, daß ein objektiv rechtsverletzender Erfolg der doloſen oder kulpoſen Handlung eines Menſchen ſeine Entſtehung verdanke. Der Irrthum bei Luden liegt hier darin, daß er behauptet, die Zurechnung ſei nicht ohne Specialunterſuchung möglich, während doch nur geſagt werden kann, der Beweis der Zurechnungsfähigkeit ſei nur durch die Specialunterſuchung vollſtändig zu erbringen, was aber ebenſoſehr vom Beweis des dolus und der culpa gilt. Meint Luden, der Beweis des dolus und der culpa ſei vollſtändig ohne Specialunterſuchung zu liefern, ſo ſieht man wahrlich nicht ein, wozu er überall dieſe noch für nöthig hält. Die Sache verhält ſich aber vielmehr ſo: die Specialunterſuchung ſetzt die Wahrſcheinlichkeit voraus, daß eine objektiv vorliegende Rechtsverletzung in der Schuld eines Subjekts, d. h. in der Handlung eines Zurechnungsfähigen ihren Grund habe. Wäre das Gegentheil bereits klar, ſo könnte natürlich von einer Specialunterſuchung gar nicht die Rede ſeyn. Sie ſoll nun eben dazu dienen, jene Wahrſcheinlichkeit entweder zur Gewißheit zu erheben oder zu zerſtören. Sie ſetzt alſo jedenfalls voraus, daß der Beweis des Verbrechens noch nicht vollſtändig hergeſtellt ſei. Indem ſie aber die Wahrſcheinlichkeit des doloſen oder kulpoſen Urſprungs der Rechtsverletzung vorausſetzt, ſo ſetzt ſie auch die Wahrſcheinlichkeit der Zurechnungsfähigkeit

des Thäters voraus. Im Gegentheil läuft Ludens Behauptung ebenſo wider das poſitive Recht, als wider die Natur der Sache. Denn entweder iſt es wahr, daß die Verhängung der Specialunterſuchung den Beweis des dolus oder der culpa vorausſetzt, — dann ſetzt ſie auch den Beweis der Zurechnungsfähigkeit voraus, oder es iſt wahr, daß die Zurechnung nicht ohne Specialunterſuchung möglich iſt, dann wäre allerdings mit Specialunterſuchung vorzufahren, ſobald nur ein rechtsverletzender Erfolg äuſſerlich vorläge. Freilich iſt nun das zweite Bedenken Ludens gerade, daß es praktiſch höchſt gefährlich wäre, mit dem Beweis des dolus oder der culpa die Zurechnungsfähigkeit als bewieſen anzunehmen, da beides auch getrennt ſeyn könne. Allein die praktiſche Gefährlichkeit findet eben nur ſolange ſtatt, als man ſich den Begriff der Handlung nicht klar gemacht hat, da es unter dieſer Vorausſetzung gar nicht möglich iſt, von der doloſen oder kulpoſen Handlung eines Unzurechnungsfähigen zu reden. Wenn endlich Luden mit Recht gegen die ſtationäre Verwechslung der Unzurechnungsfähigkeit mit andern Gründen des Wegfallens der Strafbarkeit ſich erklärt, ſo hat er vollkommen Recht. Nur iſt am wenigſten zu begreifen, wie er eine ſolche Verwechslung der hier vertheidigten Lehre auf die Rechnung ſchreiben kann, wie er denn ja ſelbſt anführt, daß Abegg dem Irrthume entgegentrete. Gleichwohl geht er ſelbſt auf der andern Seite wieder viel zu weit, wenn er die Zurechnungsloſigkeit mit der Zurechnungsunfähigkeit identificirt und deshalb auch äuſſere Gewalt, Irrthum und Zufall von den Gründen der Unzurechenbarkeit ausgeſchloſſen haben will, während es doch im Begriff der Schuld als einer Identität objektiver und ſubjektiver Elemente liegt, eben-

ſowohl durch objektive, als durch ſubjektive Gründe aus=
geſchloſſen zu werden.

2) Aus der obigen Darſtellung geht ferner her=
vor [1]), daß die hergebrachte Unterſcheidung von imputatio
facti und juris eine ganz werthloſe iſt. Nicht bloß werth=
los, ſondern poſitiv falſch iſt ſie, wenn man mit Luden
zu der imputatio facti auch das rechnet, daß Jemand
doloſer oder kulpoſer Urheber eines Erfolgs geweſen ſei,
da dann gar nicht abzuſehen wäre, was nun noch weiter
hinzukommen müßte, um die imputatio juris zu konſtitui=
ren. Verſteht man aber unter der erſteren, wie es ge=
wöhnlich geſchieht und allein Sinn hat, das Urtheil, daß
Jemand überhaupt phyſiſcher Urheber eines gewiſſen rechts=
verletzenden Erfolgs geweſen ſei, ſo iſt dieſer Begriff
wenigſtens ein durchaus werthloſer, da dieſe Art von
Kauſalität gerade ebenſogut von reinen Natururſachen
prädicirt werden kann, z. B. von einem Ziegel, der vom
Dache fällt und einen auf der Straße wandelnden Men=
ſchen erſchlägt. Im gemeinen Leben ſchreibt man zwar
wohl auch einem ſolchen Ziegel die Schuld an dem Tode
des Menſchen zu. Aber die Wiſſenſchaft ſoll eben von
ſolchen unbeſtimmten Vorſtellungen ſich reinigen. Im
Strafrecht handelt es ſich nur von der moraliſchen Schuld,
d. h. von derjenigen, die in einer menſchlichen Handlung,
in der freien Kauſalität eines Subjekts begründet iſt.
Dieſer bereits erwieſene Satz erhält ſeine tiefere Bedeu=
tung erſt unten bei der Erörterung des Weſens der Strafe.
Dieſe wird ſich nämlich in ſubjektiver Beziehung als Til=
gung der Schuld, als Genugthuung des Subjekts für
ſeine Handlung erweiſen. Dieſe Genugthuung kann aber
in nichts Anderem beſtehen, als darin, daß die Negati=

---

1) Vergl. Bauer Abh. I. S. 250.

vität der Handlung an dem Handelnden ſelbſt zur Erſcheinung gebracht wird. Eben dies ſetzt nun voraus, daß der, welcher auf ſolche Weiſe genugthun ſoll, frei gehandelt haben, in ſeiner Handlung eine mit ſich identiſche Subjektivität, nicht bloß vereinzeltes, ſondern allgemeines, denkendes Ich geweſen ſeyn muß, da er ſonſt die Strafe gar nicht als ſolche empfinden könnte. Die Strafe iſt Buße der Subjektivität, daher muß auch die Verletzung, wofür gebüßt wird, durch die Subjektivität geſetzt geweſen ſeyn, nicht bloß durch die äuſſere Welt oder durch die im Ich wirkende innere Naturmacht. Kurz, die kriminaliſtiſche Imputation kann es einzig allein mit der freien Kauſalität der Subjektivität zu thun haben.

3) Nur hiedurch erlangt man einen würdigen Begriff von der Strafe, wie er allen denjenigen Theorieen fehlen muß, welche die Strafe auf auſſerhalb des Verbrechens liegende Zwecke gründen und daher die menſchliche Subjektivität zum bloßen Mittel herabwürdigen müſſen. Bei der Grundanſicht, worauf die Feuerbachiſche [1]) Freiheitslehre beruht, war es freilich gar nicht anders möglich, als daß gerade der weſentliche Kern des Strafrechts, ſeine Begründung in der menſchlichen Freiheit und der Schuld, als Nebenſache behandelt und in ein ſchiefes Licht gerückt werden mußte. Wer, auf dem Boden der Kantiſchen Philoſophie, die theoretiſche Vernunft als eine bloß formelle Thätigkeit auffaßt, die ihren Inhalt aus der Erfahrung nehme, der konnte auch der Imputationslehre, die unter den Geſetzen der theoretiſchen Vernunft ſteht, nur eine empiriſche Grundlage geben. Gerade je idealer er die praktiſche Vernunft, die Auto-

---

1) Die Literatur darüber ſ. bei Mittermaier not. I. zu Feuerbach. §. 85. Vergl. Wächter I. S. 109—111.

nomie des Willens, die abſolute Freiheit auffaßte, umſo-mehr mußte er ſie aus dem Gebiete des Strafrechts als einen überſinnlichen Begriff wegweiſen und ſich vielmehr hier an den Determinismus des Kauſalitätsgeſetzes halten. Die Folge war dann natürlich, daß das Strafrecht, das nicht auf die Schuld begründet werden konnte, ſeine Begründung durch die bloße Zweckmäßigkeit erhalten mußte, wobei denn nicht nur die ganze Imputationslehre zu untergeordneter Bedeutung herabſank, ſondern überhaupt die menſchliche Subjektivität zum bloßen Mittel herabgewürdigt und das Strafrecht zur thieriſchen Züchtigung gemacht werden mußte. Denn der pſychologiſche Zwang, der durch die Androhung im Geſetz auf den Menſchen ausgeübt werden ſoll, iſt dem Weſen nach ganz derſelbe, der durch den Prügel bei der Hundedreſſur ausgeübt wird. Es wird an der Macht der eingeborenen Vernunft verzweifelt und, was dieſe zu leiſten hätte, wird vielmehr von einer Ideenaſſociation zwiſchen That und Strafe, zwiſchen ſinnlichen Vorſtellungen und Empfindungen erwartet [1]. — Je mehr die Feuerbachiſchen Anſichten in die Praxis übergegangen ſind, um ſo dringender iſt es nöthig, an dieſen ihren Kern zu erinnern, den man ſich freilich in bequemem Eklekticismus ſogern unter allerlei oberflächlicher Uebertünchung verbirgt. Und leider Manche,

---

1) S. beſonders Vaillant de libera voluntate. 1837. Was von den weiter bei Mittermaier a. a. O. angef. Anſichten über Willensfreiheit zu halten iſt, ergiebt ſich, ohne in's Beſondere eingehende Kritik, aus der begründenden Darſtellung des vor. Abſchnitts. Ohne Bedeutung ſind die vor-Feuerbachiſchen Ausführungen, welche in der Regel die Freiheit als unmittelbare Thatſache annehmen und in ſofern allerdings Recht haben. Von Neueren ſ. beſonders Oerſted Grundregeln S. 129. ff. Henke I. S. 291—303. Rossi, Traité II. S. 103 ff.

die ihre ſtrafrechtlichen Gedanken von Feuerbach entlehnt haben, ſind dabei ſtehen geblieben und haben das nothwendige Gegenſtück ſeiner Philoſophie, die hohe Freiſinnigkeit und Idealität ihres moraliſchen Theils nicht mit angenommen; ſie haben von ihm nur den für die ſchlechte Endlichkeit berechneten Terrorismus, nicht aber zugleich die tiefſittliche Geſinnung gelernt, welche den Staatsmann auch nach Feuerbachiſchen Begriffen bei der Feſtſetzung politiſcher Einrichtungen leiten ſoll. So hat denn allerdings das Abſchreckungsſyſtem ſich in eine Einſeitigkeit ausarbeiten und Konſequenzen entwickeln können, die es — ohne jenen ſittlichen Rückhalt — erſt zu dem gefährlichen Werkzeuge in der Hand des Polizeiſtaats machen, als welches es ſich ſchon erprobt hat. Darauf iſt aber um ſo mehr aufmerkſam zu machen, je mehr auch der Liberalismus unſrer Tage noch auf derſelben Grundanſicht über Recht und Staat baſirt und ſo jenen Beſtrebungen des Polizeiſtaats in die Hände arbeitet, während er einſehen ſollte, daß es keineswegs genügt, in denſelben Kategorieen ſich herumzutreiben und nur der einen Modifikation eine andere, z. B. dem Abſchreckungszweck den Beſſerungszweck entgegenzuſtellen, ſondern daß gründlich nur geholfen werden kann, wenn jenes ganze Fundament des Polizeiſtaats, die principielle Trennung von Recht und Moral, die Verweiſung des Rechts in das Gebiet der ſog. äuſſeren Freiheit, ſeine Degradation zur bloßen relativen Nothwendigkeit vollſtändig aufgegeben wird. Hievon iſt es nun nur eine Konſequenz, wenn die ſpekulative Anſicht die menſchliche Freiheit in ihrer Wahrheit als die Grundlage des Strafrechts entſchieden hinſtellt und den mißhandelten Begriff der Schuld wieder zu Ehren bringt. Indem ſie dies thut, erkennt ſie die menſchliche Subjektivität auch im Strafrecht als Selbſt=

zweck an und fordert dieſe Anerkennung vom Staate. Wie wichtig aber die konſequente Anerkennung dieſes abſoluten Rechts ſei, ſieht man leicht ein, wenn man nur an die enge Verbindung ſich erinnern will, worin das Strafrecht mit dem Strafproceſſe ſteht. Leider weiß man, wie wenig in unſrem beſtehenden Strafproceſſe das gedachte Recht anerkannt, wie es vielmehr bei aller Humanität im Einzelnen doch immer noch grundſätzlich mit Füßen getreten iſt. Bedenkt man nun, wie leichtſinnig man handelt, wenn man im Strafrechte ſelbſt eine Konceſſion macht, gegen die man im Strafproceſſe als die größte Ungerechtigkeit anzukämpfen gewohnt iſt, ſo wird man es nicht für eine Gedankenſpielerei und ein müßiges Schulgezänke halten, wenn hier alles Ernſtes die Forderung gemacht wird, daß man ſich entſchieden aus dem Feuerbachiſchen Ideenkreiſe im Strafrecht herausreiſſen und vor Allem die Lehre von der Zurechnung, welche den Kern des Strafrechts ausmacht, in ihrem wahren Lichte, in ihrer tiefen ſittlichen Bedeutung auffaſſen möge.

4) Im Bisherigen liegt, daß die kriminaliſtiſche und die moraliſche Zurechnung principiell nicht verſchieden ſind und nicht verſchieden ſeyn können. So gegründet es iſt, wenn Manche gegen die einſeitig moraliſchen Vergeltungstheorieen die relative Verſchiedenheit der moraliſchen und rechtlichen Zurechnung hervorheben, ſo verkehrt iſt es, wenn ſie dieſe relative Verſchiedenheit zu einer abſoluten und principiellen aufſchrauben. Eine principielle Differenz iſt aber deshalb nicht möglich, weil die Sittlichkeit in ihren verſchiedenen Formen Eine und dieſelbe iſt. Von der relativen, die allerdings ſtattfindet, wird unten näher gehandelt werden. Hier iſt aber auf die gemeinſame Grundlage beider, den Begriff der menſchlichen Freiheit, hinzuweiſen, den der moraliſche Beurtheiler

ſowenig, als der Richter, aufgeben darf. Zwar gibt es eine Art der moraliſchen Beurtheilung, die namentlich, wo es ſich von Verbrechen handelt, in unbeſonnenem Mitleid mit dem Opfer der ſtets ſcheel angeſehenen Juſtiz allezeit zu deterministiſchen Erklärungsweiſen auch der ſchnödeſten Uebelthaten bereit iſt und den Defenſoren herrlich in die Hände arbeitet. Allein von dieſer populären Moral, die mit derſelben Gedankenloſigkeit am nächſten Tage, vom Motive des Neides geleitet, die erhabenſten Thaten weltgeſchichtlicher Subjekte zur Wirkung zufälliger Umſtände herabſetzt, — von dieſer iſt hier natürlich nicht die Rede. Die wahre Moral hat daſſelbe Weſen des Willens zum Princip, von der auch hier ausgegangen wird. Sie iſt alſo über jede Art von Determinismus ebenſo hinaus, wie dies der imputirende Richter ſein muß. Wenn gleich daher der moraliſche Beurtheiler beim beſtimmten Verbrechen noch Manches in Anſchlag bringen muß, worauf der Richter nicht ſehen darf, ſo ſtehen ſich beide doch darin vollkommen gleich, daß ſie kein nothwendiges Schlechtſein beim Menſchen anerkennen, daß ſie vielmehr den Verbrecher, mögen ihn nochſoviele plauſible Gründe determinirt haben, eben dafür verantwortlich machen, daß er ſich durch dieſe Gründe hat determiniren laſſen. Dem Geiſt kommt überall kein Naturſein zu, ſeine Subſtanz beſteht allein in der Thätigkeit, und er iſt daher nur das, wozu er ſich ſelber macht. Dieſe Idealität des Geiſtes iſt auch das Grundprincip der Moral, und darum iſt die moraliſche Schuld dem Weſen nach keine andere, als die rechtliche. Es kann daher auch nicht gebilligt werden, wenn Berner a. a. O. S. 47. ſagt; daß der Moraliſt den Begriff der Imputation klar unterſcheide, ſei nicht von großer Wichtigkeit, der Juriſt dürfe ſich aber auf ſolche Konfuſion nicht einlaſſen. Dieſe

unrichtige Behauptung hängt mit der viel zu engen Auffaſſung der Imputation bei dem gedachten Schriftſteller zuſammen, ſofern er den Begriff derſelben in der Reflexion des äuſſerlich Geſchehenen in den Willen überhaupt aufgehen läßt. Er hat zwar vollkommen Recht, wenn er in der angef. Stelle auf die begreifliche Scheidung der Imputationslehre von der Lehre über die Strafzumeſſungsgründe dringt, allein dadurch wird nicht ausgeſchloſſen, daß nicht in den Begriff der Imputation auſſer der von ihm feſtgehaltenen Beziehung auch andre Beziehungen, namentlich die des ſubjektiven Willens auf den objektivſittlichen aufzunehmen wären. Noch weniger wird damit der Satz gerechtfertigt, daß es die Moral mit dem Begriff der Zurechnung nicht genau zu nehmen habe [1]. Das Nähere darüber wird, wie geſagt, unten ausgeführt werden. Hier wollten wir nur darauf aufmerkſam machen, daß der Begriff der Zurechnung in der Regel zu eng genommen wird, ſofern man nicht alle Differenzen, in welche das Subjekt als handelnd tritt, ſondern nur die erſte der im Paragraphen genannten im Auge hat.

5) Endlich liegt aber in der ganzen vorhergegangenen Ausführung, daß es die ſtrafrechtliche Zurechnung [2] überall nur mit dem mündigen, geiſtig geſunden Menſchen zu thun hat. Denn erſt durch das Denken wird der Wille frei; von Natur dagegen iſt er nicht frei, vielmehr iſt der Wille eine gewiſſe Zeit lang nothwendig in die Naturbeſtimmtheit befangen und hiemit den Reizen von auſſen, wie von innen mit Nothwendigkeit unterworfen. Erſt mit der gereiften Geiſtigkeit tritt daher die Möglichkeit der freien Selbſtbeſtimmung und eben damit

1) Vergl. Abegg S. 125. und die dort Angef. Roſſi a. a. O.
2) Vergl. Heffter §. 49. 51.

auch der Zurechnung ein. Denn erſt auf dieſer Stufe iſt auch die nothwendige Vorausſetzung des ſubjektiven Böſen, nämlich das Wiſſen um einen objektiven Kreis von an und für ſich ſeienden Beſtimmungen vorhanden, eine Vorausſetzung, die, wie die Möglichkeit, ſo auch das ſollicitirende Princip des Böſen bildet. Hiemit iſt denn ein ſehr weſentlicher, noch in neueren Legislationen keineswegs gehörig anerkannter Unterſchied in der Strafgerechtigkeit gegeben, nämlich der Unterſchied der erziehenden von der eigentlichen (rächenden) Strafgerechtigkeit, worüber unten noch näher zu ſprechen ſeyn wird. Aus dem Angeführten erhellt zugleich, daß man den Zuſtand der Zurechnungsfähigkeit bei allen der Kindheit entwachſenen Individuen als den regelmäßigen [1]) anzunehmen hat, worin aber freilich noch nicht liegt, daß man etwa hieraus eine praesumtio juris zu machen hätte. Gibt man jedoch dies zu, ſo muß man die entgegengeſetzte Präſumtion der Unzurechnungsfähigkeit, wie ſie von Seiten des Materialismus und einer gedankenloſen Weichherzigkeit aufgeſtellt wird, als ſchlechthin verkehrt und den menſchlichen Geiſt entwürdigend abweiſen [2]).

§. 73.

Indem die Zurechnung die freie Selbſtbeſtimmung des Subjekts zur Grundlage hat, ſo iſt der Inhalt der Imputationslehre das Recht des ſubjektiven Willens, vermöge deſſen dieſer nur das iſt und nur als das ſich anerkennt, worin er ſich als ſolchen weiß. Als ſubjektiver Wille ſteht nun aber der Wille in einer doppelten Differenz, und hat darum auch jenes Recht deſſelben eine doppelte Bedeutung.

---

1) Abegg S. 147. 148.

2) S. darüber Mittermaier not. I. zu Feuerbach §. 87. und die dort Angef.

Einerſeits nämlich iſt der ſubjektive Wille als ſolcher im Gegenſatz gegen das Weſen des Willens, gegen welches er als das Formelle beſtimmt iſt und hiemit im Verhältniſſe des Sollens ſteht. Andererſeits iſt er als Subjektivität im Gegenſatz gegen die Objektivität als äuſſeres Daſein und ſteht hiermit im Verhältniſſe des endlichen Bewußtſeins.

§. 74.

Die letztere Differenz entwickelt ſich nun zunächſt zu folgenden Beſtimmungen. Der ſubjektive Wille bethätigt ſich als der äuſſern Objektivität entgegengeſetzter dadurch, daß er ſich ſelbſt in die letztere überſetzt und in der hiemit in objektiver Exiſtenz geſetzten Beſtimmung ſich als identiſch mit ſich, ſonach die Differenz für ſich als aufgehoben und zum bloßen Formunterſchiede des Inhalts ſeiner Selbſtbeſtimmung, ſeines Zwecks herabgeſetzt erkennt. Das Weſen des Willens überhaupt iſt nämlich, in ſeiner von ihm ſelbſt geſetzten Beſtimmtheit mit ſich identiſche Allgemeinheit zu bleiben. Eben in dem Momente der Beſtimmtheit liegt aber das Verhältniß der Endlichkeit überhaupt, wornach der Wille als das Objektive in formellem Gegenſatze gegen eine vorgefundene Auſſenwelt ſteht; da nun im Begriffe des Willens weſentlich die Einheit des Subjektiven und Objektiven liegt, ſo iſt die Form des bloß ſubjektiven Zwecks eine mangelhafte, und dieſer Mangel wird nun eben dadurch aufgehoben, daß dem ſubjektiven Zwecke die Form der Objektivität gegeben, daß er in das äuſſere Daſein übergeſetzt wird. Beides zuſammen ergibt nun eben jene Bethätigung des ſubjektiven Willens, ſein Daſein zu ſeiner eigenen Beſtimmtheit zu machen, worin näher die Momente liegen, daß er a) ſich innerlich in ſich ſelbſt beſondert, einen Inhalt in ſich ſetzt, b) die Schranke des bloßen Subjektivſeins für dieſen Inhalt aufhebt, indem er ihn in die objektive Exiſtenz überzutragen thätig wird, c) in dieſem objektiven Daſein aber

ſeinen ſubjektiven Zweck ausgeführt und in beiden Formen ſeine Identität mit ſich ſelbſt erkennt.

§. 75.

Hiezu tritt nun aber ferner das Differenzverhältniß, in welchem der Wille als ſubjektiver zur Objektivität des Willens überhaupt ſteht. 1) unterſcheidet ſich derſelbe von ſeiner eigenen äuſſerlichen Objektivität inſofern, als er dieſelbe nur ſo weit als identiſch mit ſich gelten läßt, als ſie für ihn ſeine Subjektivität enthält, 2) unterſcheidet er ſich von der Objektivität ſeines Begriffs, von der Subſtanz des Willens dadurch, daß er ihr gegenüber das Formelle der unendlich freien Selbſtbeſtimmung, hiemit die Möglichkeit iſt, ſie als Inhalt in ſich zu ſetzen oder auch nicht zu ſetzen, 3) unterſcheidet ſich der ſubjektive Wille, indem er ſich in der Ausführung ſeiner Zwecke erhält, zugleich aber mit der Objektivirung derſelben ſeine Subjektivität als dieſe unmittelbar beſtimmte aufhebt, von dem ſubjektiven Willen Anderer, zu dem er hiemit in poſitive Beziehung tritt. In der Objektivirung des ſubjektiven Willens liegt hiemit dreierlei, a) daß er ſich objektiv äuſſere Exiſtenz gibt, b) daß er ſich in Beziehung zur Subſtanz des Willens ſetzt, c) daß er ſich im Willen Anderer Daſein verleiht. Dieſe Bethätigung des ſubjektiven Willens aber in den angeführten Beziehungen iſt die Handlung. Da nun die Zurechnung das Urtheil über die freie Kauſalität des handelnden Subjekts iſt, ſo hat dieſes Urtheil einen dreifachen Gegenſtand: a) die Beziehung der vom handelnden Subjekte äuſſerlich geſetzten Objektivität auf die freie Selbſtbeſtimmung deſſelben überhaupt, — formelle Zurechnung; b) die Beziehung des in beiden Formen identiſchen Inhalts auf die Beſonderheit des ſubjektiven Willens als ſolche und in ihrem Verhältniſſe zu andern ſubjektiven Willen, d. h. auf ihr eigenes Wohl und das Wohl Anderer, — materielle Zurechnung, c) die Beziehung deſſelben

Inhalts auf den ſubſtantiellen Willen, — allgemeine Zurechnung.

I. Formelle Zurechnung.

§. 76.

Der Gegenſtand der formellen Zurechnung iſt die Beziehung der in der Welt des objektiven Daſeins geſetzten Veränderung, des äuſſerlich Geſchehenen auf den Willen, das ſubjektiv Innerliche als Princip. Dieſe Beziehung, als eine poſitive geſetzt, macht den Begriff der Handlung aus; als negative geſetzt, ſchließt ſie den Begriff der Handlung aus. Die formelle Zurechnung beſteht alſo in der Beurtheilung, ob ein objektiv Geſchehenes eine Handlung ſei oder nicht. Sie hat es demnach mit drei Momenten zu thun, 1) mit dem Thatmoment, 2) mit dem Gewollten, 3) mit der Vermittlung dieſer beiden Momente, welche durch das Urtheil der Zurechnung entweder als exiſtirend oder als nichtexiſtirend ausgeſagt wird.

§. 77.

Unter Thatmoment iſt hier aber nichts Anderes zu verſtehen, als das abſtrakt äuſſerliche Moment des Geſchehenen, Faktiſchen, worunter daher ebenſowohl das Unterlaſſene, als das poſitive Thun fällt. Andererſeits drückt das Willensmoment noch das abſtrakt innerliche Moment der freien Selbſtbeſtimmung aus, wobei die unten aufzuführenden Unterſchiede von dolus und culpa noch als indifferent geſetzt ſind. Das Weſentliche der formellen Zurechnung iſt aber überhaupt nur dies, zu beſtimmen, ob die gedachten Momente identiſch ſeien oder nicht.

Anm. — Abegg §. 78. 79, würde dies vollkommen richtig darſtellen, wenn er nicht im Einzelnen die

Begriffe der Zurechenbarkeit und der Zurechnungsfähigkeit auf ungehörige Weiſe vermiſchte, wodurch er intellektueller Miturheber der hierüber von Luden entwickelten unrichtigen Beſtimmungen geworden iſt. In der folgenden Darſtellung wird beides auseinandergehalten und dadurch hoffentlich der weſentliche Gehalt der von Abegg vorgetragenen Sätze gegen alle Mißverſtändniſſe geſichert werden. Daß übrigens die Begriffe von Zurechnung und Handlung ſich decken, vorausgeſetzt nur, daß man den Begriff der Handlung nicht ungeſchickter Weiſe als bloß äuſſerliches Thun bezeichnet und dadurch ſeines weſentlichen Gehalts entkleidet, das darf als ein durch die weltgeſchichtliche Entwicklung des Strafrechts hinlänglich geſicherter und in das gemeine Bewußtſein übergegangener Satz, vindicirt werden [1]). Eine ſolche ungeſchickte Auffaſſung des Begriffs der Handlung findet ſich aber z. B. bei Luden Abh. II. S. 215. 216., wenn er ſagt: „Die Handlung, welche zu einer verbrecheriſchen Erſcheinung führt, muß nothwendig aus zwei Theilen beſtehen, nämlich aus der Thätigkeit des Menſchen (oder der Bewegung ſeiner körperlichen oder geiſtigen Kräfte), und aus der durch dieſe Bewegung veranlaßten Wirkſamkeit gewiſſer Kräfte oder Geſetze der Natur, wodurch die Erſcheinung hervorgebracht wurde." So richtig dieſe Unterſcheidung des menſchlichen Thuns und der phyſiſchen Bedingungen für deſſen Erfolg an ſich und ſo wichtig ſie in manchen Beziehungen iſt, ſo falſch iſt es doch, wenn hiemit der Begriff der Handlung abgeſchloſſen ſeyn ſoll. Vielmehr leuchtet ein, daß dieſe beiden Momente zuſammen eben nur das Thatmoment ausmachen, während

1) Nur die wiſſenſchaftliche Entwicklung der hier zu Grunde liegenden Gedanken wird in der Regel vermißt.

man, um den Begriff der Handlung zu erhalten, nothwendig noch das Moment der freien Selbſtbeſtimmung und der Beziehung des Thatmoments auf das Willensmoment als ſein beſtimmendes Princip hinzufügen muß. Daß aber dies kein bloßer Wort- und Schulſtreit ſei, das ergeben, worauf Luden ſelbſt mit Recht Gewicht legt, die praktiſchen Konſequenzen, und zwar gehört zu den unrichtigen praktiſchen Folgerungen aus jenem unrichtigen Begriffe der Handlung vornämlich die, daß die ganze Lehre von der Urheberſchaft und Theilnahme in ein ſchiefes Licht gerückt und die ſubjektive Kauſalität unter der objektiven erſtickt wird, was um ſo auffallender iſt, da ſich an andern Stellen Luden ſogar zu der ganz entgegengeſetzten Anſicht bekennt, daß eigentlich der Verſuch der Vollendung gleich beſtraft werden ſollte. Man kann zwar nicht ſagen, daß jene Lehre von Luden völlig falſch behandelt ſei, da ſich die Natur der Sache doch wieder in dem von ihm aufgeſtellten Unterſchiede zwiſchen juriſtiſchem und bloß phyſikaliſchem Kauſalzuſammenhang geltend macht; aber theils läßt ſich zeigen, daß hier aus richtigen Prämiſſen argumentirt wird, die aber ſtillſchweigende Vorausſetzungen bleiben und ſomit erſchlichen ſind, theils bleibt es auffallend, daß jene Differenz nur auf das Moment des Wiſſens reducirt, gerade von dem Hauptmomente aber, dem Willen, faſt gar nicht die Rede wird. Dies iſt um ſo nachtheiliger, da durch die Koordination der im menſchlichen Thun liegenden Kauſalität mit der Kauſalität der Natururſachen dem Determinismus die Hand geboten wird. Wollte man aber dagegen einwerfen, daß ja Luden die Zurechnungsfähigkeit als Bedingung der Beſtrafung in petto behalte, ſo muß erwiedert werden, daß damit wenig gedient iſt, da ſich nicht einſehen läßt, wie mit einem Begriffe von Zurechnungs-

fähigkeit, der dem Begriffe der Handlung geradezu entgegenſetzt wird, ſomit nur den Nagel bildet, an dem der Begriff der Schuld aufgehangen wird, — dem Determinismus begegnet werden ſoll.

2) Daß das Thatmoment ebenſowohl in einem Nichtthun, als in einem Thun beſtehen könne, iſt im Weſentlichen allgemein zugegeben. Gegen die theilweiſe irrigen genaueren Beſtimmungen über die Unterlaſſungsvergehen, wie ſie ſich in den meiſten Lehrbüchern [1]) finden, erklärt ſich mit Recht Luden Abh. II. S. 218—259; nur ſcheint der Unterſchied zwiſchen Unterlaſſungsverbrechen im eigentlichen Sinne, welche ſog. Geſetzesverbrechen ſeyn ſollen, und anderen Unterlaſſungsverbrechen, auf welchen Luden hauptſächliches Gewicht legt, ohne Werth zu ſeyn.

§. 78.

Beſteht hiernach der Begriff der Handlung in der vermittelten Einheit des Willens und der That, ſo iſt es klar, daß keine Handlung vorliegt, mithin auch keine Zurechnung ſtattfinden kann, wo es an dieſer Vermittlung fehlt. Dieſer negative Satz iſt mit dem poſitiven in §. 76. identiſch. Es genügt jedoch für die Einſicht in das Weſen der Sache nicht, die einzelnen Gründe der Aufhebung der Zurechnung aneinanderzureihen. Vielmehr iſt die Differenz, in welche hier die Subjektivität mit dem objektiven Weltzuſammenhange tritt, in ihrer ganzen Schärfe zu erwägen und das gegenſeitige Recht beider Momente an einander zu erörtern. Indem das Subjekt den Inhalt ſeiner Selbſtbeſtimmung in das äuſſere Daſein überſetzt, tritt es in den Weltzuſammenhang und ſeine unendlich mannigfaltigen Konjunkturen ein und ruft eine relativ

---

1) Feuerbach §. 24. Martin §. 33. Vergl. Spangenberg N. Arch. IV. S. 527 ff.

auſſer ſeinem Wiſſen und Wollen liegende Macht gegen ſich hervor. Dem Rechte der Subjektivität, nur für das einzuſtehen, was in ſeinem Wiſſen und Willen lag, tritt das Recht der Objektivität gegenüber, von dem handelnden Subjekte in ſein Wiſſen aufgenommen zu werden, und es handelt ſich ſofort um die Verſöhnung beider Berechtigungen, womit ſich die ſelbſtbewußte Freiheit und die Nothwendigkeit der bewußtloſen Weltſubſtanz gegenüberſtehen. Dieſe Betrachtung wird ſich aber durch folgende Momente zu bewegen haben. 1) iſt der formelle Begriff der Handlung in ſeiner Unmittelbarkeit näher anzuſehen, in welcher er noch unvermittelte Identität von Subjektivität und Objektivität iſt und ebenſowohl das Princip der Freiwilligkeit, als das der Unfreiwilligkeit in ſich hat. 2) macht jede der beiden Seiten ihr Recht für ſich geltend, woraus die Lehre von dolus und culpa, ſowie vom Verſuch und der Vollendung hervorgehen. Eben dieſe Bewegung aber, in welcher beide Seiten ſich in einander reflektiren, führt 3) zu dem konkreten Begriff der formellen Handlung als vermittelter Einheit beider Seiten, wobei die Lehre von der Urheberſchaft und Theilnahme ihre Entwicklung finden wird.

Anm. — Daß dieſe Lehren im engſten Zuſammenhange ſtehen, ſo daß eine ſich aus der andern dialektiſch entwickeln muß, wenn es nicht bei einer oberflächlichen Vorſtellung davon bleiben ſoll, daß aber dieſe Forderung gewöhnlich nicht erfüllt werde, iſt leicht zu bemerken. Daß aber hiemit kein unbegründeter Tadel ausgeſprochen ſei, das muß die folgende Entwicklung ſelbſt beweiſen. So wichtig der bereits von Abegg gemachte Fortſchritt iſt, wenn dieſer wenigſtens die Lehre von der Zurechnung und von den Graden der Schuld nicht, wie Andre [1],

1) S. z. B. Feuerbach in ſeinem Lehrb.

auseinanderreißt, ſo ſehr iſt es doch zu bedauern, daß er hiebei ſtehen geblieben iſt und weder die Lehre von Verſuch und Vollendung, noch die von Urheberſchaft und Theilnahme der immanenten Bewegung des Begriffs gemäß entwickelt hat. Noch mehr zu bedauern iſt es, wenn Luden, der ſonſt ein feines Gefühl für die von Abegg eingeführten Verbeſſerungen zeigt, gerade bei dieſem Kernpunkt der Wiſſenſchaft ſogar gegen Abegg polemiſirt. Dabei leitet ihn zwar das richtige Bewußtſein, daß ein Hauptſitz der Verwirrung in der herkömmlichen Doktrin in der Lehre von der aufgehobenen Zurechnung liege, wie denn allerdings hier das Verſchiedenſte untereinander gewürfelt zu werden pflegt. Es wird aber das Uebel nicht beſſer, wenn er nun auf der andern Seite durch ſeinen dem wiſſenſchaftlichen Denken ebenſo, wie dem gemeinen Bewußtſeyn widerſtrebenden Begriff von Handlung und Zurechnung eine neue Verwirrung in die ohnedieß verworrene Lehre zu bringen droht. Wahrhaft traurig iſt es aber, daß die nun ſchon vor ſechszehn Jahren von Michelet gelieferte ſpekulative Entwicklung der kriminaliſtiſchen Imputationslehre gerade in der kriminaliſtiſchen Literatur faſt gar nicht beachtet worden iſt [1]).

A. Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit.

§. 79.

Der Begriff der menſchlichen Handlung iſt, freiwillig, d. h. Einheit des Willens und des Thatmoments, ein aus dem Innern kommendes freies Beſtimmen der äuſſeren Objekte zu ſeyn. Der Wille, als ein ſubjektiv Innerliches, iſt

1) Syſtem der phyloſophiſchen Moral. 1828. Nur ſeine Diſſertation über dolus und culpa iſt im N. Arch. angezeigt und flüchtig abgefertigt.

unterſchieden von der objektiven Auſſenwelt, welche ihm vor dem Beſtimmtwerden fremd und gleichgiltig gegenüberſteht. Gleichwohl enthält dieſe Auſſenwelt die für ſich ſelbſtändigen Bedingungen für die Aeuſſerung der ſubjektiven Freiheit. Schon das ſinnliche Bewußtſein des Ichs nun aber vermittelt jene urſprüngliche Fremdheit und Aeuſſerlichkeit. Anſchauend nimmt das Subjekt die Eindrücke der Objekte in ſich auf, ſetzt ſie ideell in ſich. Der einfache Punkt, welcher das individuelle Ich iſt, erweitert ſich zu dem Kreiſe, in welchem ſich der Inhalt ſeiner ganzen Umgebung reflektirt und zu einem Inhalte ſeines Bewußtſeins wird. So die Umſtände ideell im Ich geſetzt, ſind ſie daher dieſem nicht mehr fremd und äuſſerlich, es kann ſie als die ſeinigen beſtimmen, und, indem es dabei ſich ſelbſt beſtimmt und den Inhalt ſeiner Selbſtbeſtimmung in das objektive Daſein überträgt, ſo iſt die hiedurch zu Stande gebrachte Veränderung des objektiven Daſeins eine das Ich abſpiegelnde Exiſtenz, eine freie That, eine Handlung. Sie iſt dies indeſſen nur der Potenz nach, d. h. es iſt nur der Begriff der menſchlichen Handlung, frei zu ſeyn. Denn einmal liegt, wie ſogleich erhellen wird, in derſelben Vermittlung durch das ſinnliche Bewußtſein ebenſowohl auch die Möglichkeit der Unfreiwilligkeit. Ferner iſt ſchon oben gezeigt, daß zur wahrhaften Aktualiſirung der Freiheit noch mehr, als die bloße Vermittlung durch das ſinnliche Bewußtſein, nämlich die durch das Denken gehöre. Hier ſollte nur der formelle Begriff der Handlung in ſeiner Unmittelbarkeit aufgezeigt werden. Und allerdings iſt es nun eben jene Vermittlung durch die Anſchauung, welche von Anfang an die Möglichkeit der Freiwilligkeit gibt, obgleich damit noch nicht die wirkliche Freiheit geſetzt iſt; daher ſpricht man z. B. auch dem Kinde, dem Blödſinnigen die Freiwilligkeit in dieſem weitern Sinne nicht ab, während man ihm in konkretem Sinne

die Freiheit allerdings mit Recht abſpricht und daher ſeine Handlungen für unzurechenbar erklärt.

§. 80.

Eben indem das Subjekt ſich wollend in ſich vertieft, ſetzt es ſich nun aber ferner den äuſſeren Objekten als einem ihm fremden Zuſammenhange entgegen. In dieſer urſprünglichen Aeuſſerlichkeit und Fremdheit der Objekte gegen das Subjekt liegt nun gleichfalls die Möglichkeit, daß beide auch nicht identiſch geſetzt ſeyn können. Zum Begriff der Handlung gehört 1) das Willensmoment, 2) das Thatmoment, 3) die Einheit beider, welche bedingt iſt theils durch das richtige Auffaſſen der Objekte, theils durch die freie Selbſtbeſtimmung der richtig aufgefaßten. Fehlt daher eines dieſer Momente, ſo iſt der Begriff der Handlung nicht vorhanden, mithin die Zurechnung aufgehoben. Hierin liegen bereits die Arten des Unzurechenbaren [1]).

Anm. — Daß unter die Aufhebungsgründe der Zurechnung Nothwehr, Nothſtand, Drohung, verbindlicher Befehl u. d. gl. nicht gehören, darüber braucht nach dem Bisherigen kaum ein Wort mehr verloren zu werden, ſ. indeſſen Berner a. a. O. S. 49, 50. Eben dort iſt auch richtig gezeigt, daß die gewöhnliche Verwechslung der Ausdrücke Zurechnungsunfähigkeit und Zurechnungsloſigkeit vom Uebel iſt, ſofern letztere einen viel weiteren Begriff darſtellt, als die erſtere, und es unzurechenbare Thaten durchaus zurechnungsfähiger Subjekte giebt. Ebend. S. 50—52. Gegenüber den andern neuen Geſetzgebungen

1) In der Entwicklung dieſer Lehre iſt die Feuerbachiſche Freiheitslehre vorzüglich ſchädlich geweſen, und dieſer Einfluß hat ſich auch in der neueren Doktrin noch keineswegs ganz verloren. S. z. B. Mittermaier in den Noten zu Feuerbach §. 91.

macht in dieſer Lehre der Badiſche Entw. einen wahren Fortſchritt 1).

1) Aufhebung der Zurechnung wegen Mangels der freien Selbſtbeſtimmung.

§. 81.

Der Wille iſt nur frei durch das Denken, mittelſt deſſen das Ich ſeiner eigenen und den äuſſeren Natur ſich ſelbſt als ſelbſtbewußte Allgemeinheit entgegenſtellt. Ein Wille, der nicht von dieſem Denken getragen wird, iſt kein wahrer Wille, ſondern die Unfreiheit ſelbſt. Eine ſolche Unfreiheit findet nun überall ſtatt, wo die Naturnothwendigkeit in das Innere des Subjekts ſelbſt tritt und eine innerlich über ſein Wiſſen und Begehren gebietende Macht wird. Die Zuſtände dieſer Unfreiheit haben übrigens eine doppelte Eigenthümlichkeit. Während ſie einerſeits die intenſivſte, weil in der Subjektivität ſelbſt begründete, nicht nur das irrige Auffaſſen der äuſſeren Objekte, ſondern auch den Mangel am Bewußtſein des ſubſtantiellen Willens mit ſich führende Aufhebung der Zurechnung, die Unzurechnungsfähigkeit des Subjekts ſelbſt darſtellen, — ſo liegt andrerſeits gerade darin, daß der Grund der Unfreiheit bei ihnen ein ſubjektiver iſt, die Möglichkeit ihrer Annäherung zur Freiheit; eben deshalb giebt es auch eine Reihe ſolcher Zuſtände, die man als zweifelhafte Seelenzuſtände prädicirt, weil ſie auf der Grenze zwiſchen Freiheit und Unfreiheit zu ſtehen ſcheinen.

§. 82.

Je ſchwieriger die Beurtheilung ſolcher Zuſtände im einzelnen Falle zu ſeyn pflegt, um ſo nothwendiger iſt es, das Princip feſtzuhalten, welches dabei leiten muß. Dies beſteht aber einfach darin, daß die Erklärung eines Subjekts für

1) Heffter, N. Arch. 1837. S. 338.

unzurechnungsfähig den Beweis der über ſein Wiſſen und Wollen mächtig gewordenen Naturnothwendigkeit vorausſetzt. Hierin liegt, a) daß es nur entweder Zurechnungsfähigkeit, oder Unzurechnungsfähigkeit, keineswegs aber Grade der Zurechnungsfähigkeit giebt; wenn gleich Zuſtände relativer Unfreiheit vorkommen, ſo kann doch eine beſtimmte Handlung immer nur entweder frei oder unfrei geweſen ſeyn; und jene Relativität erzeugt nur eine Schwierigkeit des Beweiſes; b) daß die Aufſtellung ſogenannter unwiderſtehlicher Triebe als Gründe für Aufhebung der Zurechnung nicht ſtatthaft iſt, weil der Trieb als ſolcher gar nicht unüberwindlich ſeyn kann; c) daß es ebenſo widerſinnig iſt, die Möglichkeit einer beim ungetrübten Vorhandenſein der Intelligenz eintretenden Gebundenheit des Willens zu ſtatuiren. — Was nun aber die Frage betrifft, in welchem Verhältniſſe überhaupt der Geiſt zu ſeiner Natur ſtehe, ſo iſt der ſchon oben entwickelte Grundſatz feſtzuhalten, daß beide weder in dualiſtiſchem Gegenſatze ſtehen, noch unmittelbar indentiſch ſind, daß vielmehr der Geiſt die Idealität des Körpers, dieſer hiemit allerdings ein Moment in jenem, aber ein ideell geſetztes, und deshalb der Geiſt abſolute Macht über den Körper iſt. Muß hiemit der Geiſt der Potenz nach unbedingt für frei erklärt werden, ſo ſetzt der Beweis der Unzurechnungsfähigkeit ſtets den Beweis voraus, entweder daß dieſe potentielle Freiheit bei einem Subjekte ſich überall noch nicht aktualiſirt habe, oder daß ſie zwar vorhanden geweſen, aber die Naturnothwendigkeit an ihre Stelle getreten ſei. Dieſer Beweis wird aber keineswegs ſchon durch das Aufzeigen phyſikaliſcher Erſcheinungen und Urſachen als Möglichkeiten einer pſychiſchen Störung, ſondern nur durch den Nachweis einer wirklich eingetretenen pſychiſchen Störung, des wirklich eingetretenen Verluſtes der Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins und Wollens hergeſtellt.

Anm. — Es iſt hier nicht der Ort, in den unendlichen

Reichthum der juriſtiſchen und ärztlichen Literatur [1]) über die zweifelhaften Seelenzuſtände einzugehen. Die Schwierigkeiten dieſer Lehre reduciren ſich auf die empiriſche Schwierigkeit des Beweiſes, ſobald man ſich nur über die Principien der Freiheitslehre klar iſt. Und um dieſe allein iſt es hier zu thun. Leider zeigt der bis auf die neuere Zeit fortgeführte gerichtsärztliche Streit, daß es eben an ſolcher Klarheit der Principien fehlt und deshalb freilich die Sache noch viel tiefere Schwierigkeiten darzubieten ſcheint. Daß aber ſelbſt eine im Weſentlichen richtige Vorſtellung von der Freiheit ohne ſpekulative Begründung nicht hinreiche, um vor Irrthümern zu bewahren, zeigt die übrigens ſo ſchätzenswerthe Abhandlung von Mittermaier im N. Archiv. 1835. S. 93 ff., wenn dieſer einerſeits anerkennt, daß die menſchliche Freiheit auch den ſtärkſten Verſuchungen zum Unrecht zu widerſtehen vermöge, und andrerſeits die Möglichkeit zugiebt, daß unwiderſtehliche Triebe den Willen bei übrigens ungetrübtem Bewußtſein beherrſchen können [2]). Wollte man indeſſen nur an den im Texte aufgeſtellten negativen Folgerungen unverrückt feſthalten, ſo würde ſchon viel gewonnen ſeyn. Was die Grade der Zurechnungsfähigkeit betrifft, ſo enthält deren Annahme [3]) einen inneren Widerſpruch, den man von ſelbſt aufgeben muß, ſobald man ſich nur die Mühe geben will, ihn klar zu denken. Sie erklärt ſich allerdings aus der Rathloſigkeit, in die man ſich verſetzt fühlt, wenn ein Zuſtand bloß relativer Unfreiheit vorliegt und der Beweis der Freiheit oder Unfreiheit für das

---

1) S. Mittermaier in der 13ten Ausgabe von Feuerbachs Lehrbuch. §. 90. A. und die dort Angef.

2) S. dagegen Viſini in Wagners Zeitſchrift 1834. S. 34. vgl. A. Henke Lehrb. §. 285 und Abh. III. S. 237 ff.

3) Abegg §. 89.

konkrete Thun ſich nicht befriedigend feſtſtellen laſſen will. Hier iſt es denn allerdings eine bequeme Aushilfe, verminderte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen; allein dieſe Art von Vermittlung taugt nichts. Denn, ſo gewiß es iſt, daß in allen menſchlichen Handlungen, auch den freiſten, eine Seite der Nothwendigkeit iſt, ſo kann doch das beſtimmende Princip darin immer nur das eine oder das andre ſeyn, die Freiheit oder die Nothwendigkeit. Erſtere iſt überall nur vorhanden als Negation der letzteren; ſo lang alſo ein Thun noch poſitives Wirken der Naturnothwendigkeit zeigt, kann von freier Kauſalität nicht die Rede ſeyn; ſobald aber umgekehrt die Naturnothwendigkeit gebrochen und das Thun als von der Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins ausgehend erſcheint, ſo hat man auch volle Zurechnungsfähigkeit anzunehmen, wenn gleich dasjenige, was man in ſolchen Fällen irrig für einen Grund der Verminderung der Zurechnungsfähigkeit nimmt, als geringerer Schuldgrad oder Strafmilderungsgrund allerdings von Bedeutung für die Zumeſſung der Strafe werden kann. Wenn Stahl ſagt, das Bewußtſein, als poſitive Kraft, ſei unendlicher Steigerung, wie unendlicher Herabſetzung fähig, ſo zeigt er eben mit der angebrachten Kategorie der Kraft, daß er das Weſen des Willens ganz verkennt. Denn Kraft iſt eine Kategorie der Natur, und durch ihre Anwendung auf den Willen wird dieſer zum Sinnlichen herabgeſetzt, wie denn auch eben deshalb der Determinismus es liebt, den Willen als Kraft zu bezeichnen. Das Weſen des Willens liegt aber gerade in der Negation des Seins in der Sinnlichkeit, in der Idealiſirung der natürlichen Kraft, im Abbruch von ihrer ſinnlichen Unmittelbarkeit, worin allein die größere oder geringere Intenſität der Kraft liegt. — Eben aus dieſem Weſen des Willens folgt aber auch der andre der obigen

Sätze, daß es keinen unwiderſtehlichen Trieb geben kann. Denn dies behaupten, heißt den Begriff der Freiheit negiren [1]. So gewiß es allerdings Zuſtände giebt, in welchen an die Stelle des Wiſſens und Wollens die Naturnothwendigkeit tritt und den Menſchen zu ſeinem Thun unwiderſtehlich treibt, ſo verkehrt iſt es doch, dem Triebe als ſolchem, unter Vorausſetzung der Möglichkeit des Wiſſens und Wollens, bei vorhandener Integrität der denkenden Allgemeinheit, eine ſolche unwiderſtehliche Gewalt beizulegen. Jene Zuſtände ſetzen voraus, daß der Bruch des Geiſtes mit der Natur entweder noch nicht zu Stande gekommen, oder daß der Geiſt unter die Naturnothwendigkeit zurückgeſunken, d. h. der Möglichkeit einen Trieb als ſolchen zu erkennen und ſich gegen denſelben für die Vernunft zu entſcheiden, verluſtig geworden ſei. Dort kann es ſich alſo gar nicht davon handeln, ob dieſer oder jener Trieb unwiderſtehlich, ob die Vernunft mehr oder minder mächtig geweſen ſei, ihn niederzukämpfen; denn die denkende Allgemeinheit überhaupt iſt als aufgehoben geſetzt, und der leichteſte Trieb hat dieſelbe Macht, wie der ſtärkſte. Dies ſetzt aber voraus, daß, ganz abgeſehen von dem beſtimmten Triebe, aus welchem die Thätigkeit hervorgegangen iſt, Urſachen nachgewieſen ſeien, durch welche die denkende Allgemeinheit überhaupt aufgehoben und die ſchlechthinige Unmöglichkeit, den Naturtrieben zu widerſtehen, geſetzt wurde. Ganz etwas Andres iſt es aber, wenn man unter Vorausſetzung der Freiheit überhaupt, ohne anderweitigen Beweis der aufgehobenen denkenden Allgemeinheit, vielmehr unter dem Anerkenntniß, daß ein beſtimmtes Subjekt andern Trieben oder etwa auch dem beſtimmten Triebe bei minderer Intenſität deſſelben zu

---

1) Feuerbach §. 90 not. f.

widerſtehen fähig geweſen wäre, einen Trieb als ſolchen für unwiderſtehlich erklärt und hieraus auf Aufhebung der Freiheit ſchließt. Dieſe Argumentation iſt eine abſolut verkehrte und hebt den Begriff der Freiheit geradezu auf, welche eben nur in der Möglichkeit, die ſinnlichen Antriebe, auch die heftigſten, zu überwinden und ſie der Vernunft unterzuordnen, beſteht. Mit dieſer Einſicht iſt nun freilich nicht alles Schwierige in der Lehre von den zweifelhaften Seelenzuſtänden gehoben. Es iſt damit nichts darüber entſchieden, ob z. B. Pyromanie, Mordmonamanie u. dgl. [1]) als wirkliche Seelenſtörungen anzuerkennen ſeien oder nicht. Aber ſoviel iſt doch gewonnen, daß man für die Bejahung dieſer Frage alle von der Unwiderſtehlichkeit des Triebs hergenommenen Argumente unbedenklich zu verwerfen hat, daß man den Brandſtiftungstrieb, Mordtrieb, Stehltrieb, die ſogenannten Gelüſte der Schwangeren u. dgl., ſo lange ſie eben nur als unüberwindliche Triebe definirt werden, geradezu aus der Reihe der Aufhebungsgründe der Zurechnungsfähigkeit ſtreichen kann. Ob nun freilich die Schwangerſchaft mit den daran ſich ſchließenden weiteren Kataſtrophen, ob die Entwicklungsperioden des menſchlichen Organismus, ob Epilepſie u. ſ. f. als Gelegenheitsurſachen wirklicher pſychiſchen Störungen anzuerkennen ſeien oder nicht, das iſt dann eine andre Frage, deren entſchiedene Feſtſtellung weiteren anthropologiſchen Forſchungen anheim gegeben werden muß. Aber es iſt immerhin ſchon viel gewonnen, wenn die Wiſſenſchaft wenigſtens von jenen

1) Henke Abh. III. S. 223. Meyn in Henkes Zeitſchrift Frg. Heft 14. S. 197. Flemming in Horns Arch. 1830. S. 256. Friedreich Handbuch der gerichtl. Pſychol. S. 409 ff. Esquirol Note sur la monomanie homicide. Hoffbauer N. Arch. I. S. 602 ff. Vgl. Jarcke Zurechnung in zweifelhaften Gemüthszuſtänden. Clarus Beiträge zur Erkenntniß zweifelhafter Seelenzuſtände. Heinroth Lehrbuch der Störungen des Seelenlebens.

vorgenannten Mißgeburten einer materialiſtiſchen Pſychologie gereinigt iſt. — Wie die Lehre von dem unwiderſtehlichen Triebe, ſo iſt auch die von der ſogenannten mania sine delirio[1]) ſchon deshalb zu verwerfen, weil ſie mit dem Begriffe der Freiheit geradezu unvereinbar iſt. Ein Zuſtand, der weſentlich darin beſtehen ſoll, daß das Denken durchaus klar und ungeſtört von Statten gehe, dagegen das Willensvermögen unfrei ſei, iſt eine logiſche Unmöglichkeit, wie dies auch von Henke Abh. II. S. 341 ff. ganz richtig geltend gemacht wird. Die Gründe, womit nach Mittermaier a. a. O. die Aufſtellung der mania sine delirio als eines eigenthümlichen Aufhebungsgrundes der Zurechnung geſtützt werden ſoll, ſind auch in der That keine ſtichhaltigen. Die Behauptung von Friedreich, daß, obgleich in Bezug auf den ganzen Lebensproceß alle Seelenkräfte in einem innern organiſchen Zuſammenhange ſtehen, dennoch jede Kraft in ihren eigenthümlichen Verrichtungen beſtehe und einer krankhaften Affektion unterworfen ſeyn könne, während die übrigen in normaler Thätigkeit fortbeſtehen, trifft deshalb nicht, weil der Wille überhaupt keine Kraft iſt, die neben und auſſer dem Denken beſtände, die, wie Hegel ſagt, der Geiſt in einer andern Taſche hätte, als das Denken, vielmehr Wille und Intelligenz nur Seiten Einer Totalität ſind, die nicht ohne einander ſeyn können. Der Geiſt ſelbſt kann allerdings ſein beſſeres Wiſſen in ſeinem Wollen verläugnen, allein nur eben dadurch, daß er ſelbſt den Trieb zu ſeinem Beſtimmungsgrunde macht, daß er ſeine Vernunft

1) Groos die Lehre von der mania sine delirio. Friedreich Handbuch der gerichtl. Pſychol. S. 542. Chelius de alien volunt. Diez in Schneiders Annalen IV. S. 514. Vgl. Conradi Comm. de mania sine delirio. Esquirol Geiſteskrankheiten überſ. v. Bernhard. II. S. 52. Die ältere Literatur ſ. bei Berner a. a. O. S. 92.

niederdrückt und ſeine Reflexion mit der Sophiſterei der Leidenſchaft erfüllt. Eben darin iſt aber nur er ſelbſt freie Kauſalität; daß er dem Triebe folgt, iſt lediglich ſeine Sache. Sobald wir aber ſetzen, daß ihm die freie Selbſtbeſtimmung entzogen ſei, ſo negiren wir mit dem Wollen auch das Wiſſen. Denn das Wiſſen, um welches es ſich hier allein handeln kann, iſt das Selbſtbewußtſein des Geiſtes als des mit ſich indentiſchen Ichs. Wie könnte aber dieſes vorhanden ſeyn, wo der Inhalt der Willensbeſtimmung eben keine Beſtimmung des mit ſich identiſchen Ichs, ſondern die Wirkung einer Naturmacht ſeyn ſoll? So wenig ein gedankenloſer Wille möglich iſt, eben ſo wenig kann bei aufgehobener Selbſtbeſtimmung eine wirkliche Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins als vorhanden angenommen werden. Daraus folgt aber, daß, wo letztere wirklich, nicht etwa nur ſcheinbar vorhanden iſt, auch die Thätigkeit als Selbſtbeſtimmung genommen werden muß. Dabei darf dann den Beurtheiler das Gefühl des Zwangs, welches ſo oft die Verbrecher gehabt haben wollen, nicht irren. „Im Zuſtande der reinen Freiheit kann es keinen fremden Zwang, mithin auch kein Gefühl des Zwanges geben; in dem Grade aber, wie das Böſe ſeinen bleiernen Scepter auf ein unglückliches Geſchöpf niederſenkt und ſich ſeiner bemächtigt, muß natürlich ſchon ein ſolcher, der intellektuellen Natur entgegenwirkender, Druck empfindlich werden; umgarnen ſelbſtſüchtige Vorſtellungen zum erſten Male einen Sterblichen, ſo muß er nothwendig dieſe Anfeindung ſeiner intellektuellen Freiheit ſogleich fühlen, aber ſeine Willkühr wird dadurch nicht aufgehoben.“ (Berner a. a. O. S. 73, 74.) Mittermaier ſelbſt beſchreibt einen ſolchen Zuſtand ſehr richtig, wenn er (bei der Polemik gegen die amentia occulta) ſagt: „— — oder es liegt der Zuſtand eines Menſchen zum

Grunde, der mit den Vorſätzen des Verbrechens ſich allmälig vertraut gemacht hat, in welchem aber der Kampf mit den abmahnenden ſittlichen Vorſtellungen einen Zwieſpalt der Seele erzeugt, in welchem die aufgeregte, mit den verbrecheriſchen Bildern beſchäftigte, Phantaſie ſelbſt durch Sinnestäuſchungen den Verbrecher neckt (z. B. indem er Stimmen zu hören glaubt), bis endlich die auf das Höchſte geſteigerte Begierde durch das raſch verübte Verbrechen ſich Luft macht; hier iſt kein Grund da, den Verbrecher nicht als zurechnungsfähig zu betrachten, da vielmehr jene Erſcheinungen, die man als Zeichen der Geiſteskrankheit anſieht, häufig die Beweiſe des vorhandenen inneren Kampfes und der Ueberlegung ſind."
Wenn dann ferner Groos [1]) auf Erſcheinungen, wie das Erröthen, hinweiſt, die nicht als Produkte unſrer Wahl, zunächſt körperlich wirkend, unſern Willen beſtimmen und eine Verwirrung erzeugen, in welcher wir zwar unſrer Handlungen uns bewußt ſeien, aber dennoch anders handeln, als wir wollen, ſo iſt es ganz richtig, daß ſolche Erſcheinungen unwillkührlich, ja wider Willen eintreten, aber es iſt verkehrt, hiebei von einer Handlung zu reden, und, wenn dies geſchieht, ſo zeugt es nur von der häufig bei den mediciniſchen Schriftſtellern vorkommenden Bewußtloſigkeit über das Weſen des Wollens und Handelns. Solche Erſcheinungen, wozu allerdings auch ſogar das unwillkührliche Denken gehört, ſtehen, wie Vatke richtig ſagt, dem Willen nicht viel näher, als der Blutumlauf und Verdauungsproceß: eben deshalb aber können ſie, wo es ſich vom Willen handelt, auch nicht als Argument gebraucht werden. Noch weniger iſt dies ſtatthaft mit

1) Vgl. auch Groos Entw. einer philoſ. Grundl. für die Lehre von den Geiſteskrankheiten. Derſ. Skepticismus in der Freiheitslehre.

krankhaften Erſcheinungen, wie ſie z. B. bei der Waſſerſcheu vorkommen; denn es verſteht ſich von ſelbſt, daß das bei den Bethätigungen eines ſolchen Kranken ſich vorfindende Bewußtſein nicht mehr das Bewußtſein des mit ſich identiſchen Ichs iſt, ſondern eben nur die Empfindung des Verluſts dieſes Bewußtſeins, das Gefühl der über die intellektuelle Freiheit hereinbrechenden Naturmacht. Wenn daher Mittermaier hier fortfährt: „es war der große Fehler, welcher die Juriſten oft irre führte, daß man da, wo Freiheit des Urtheils beſteht, und der Handelnde das Bewußtſein deſſen, was er thut, und des Geſetzes hat, auch ſchon die volle Zurechnungsfähigkeit annahm,“ — ſo beſchuldigt er die Juriſten ganz mit Unrecht; im Gegentheil macht er ſich ſelbſt, wie es ſcheint, einer Verwechslung des Bewußtſeins überhaupt mit dem Selbſtbewußtſein des mit ſich identiſchen Ichs ſchuldig. Bewußtſein überhaupt kommt auch den Zuſtänden der Unfreiheit zu, ja ſelbſt Reflexion iſt ihnen häufig nicht abzuſprechen. Aber ein geſundes, klares Selbſtbewußtſein da ſtatuiren, wo es von Handelnden nicht abhängt, ſo oder anders zu handeln, heißt das Undenkbare als möglich behaupten. Die Parallele, die Mittermaier mit den aus Zwang begangenen Handlungen zieht, iſt um ſo unſtatthafter, da ſie, ganz abgeſehen davon, daß ſie nichts beweiſen könnte, die große Unrichtigkeit enthält, daß derlei Handlungen die Zurechnung ausſchließen, oder gar Unzurechnungsfähigkeit des Handelnden involviren ſollen. Ebenſowenig trifft, nach dem oben Ausgeführten, die Berufung auf die Pyromanie, mania parturientium u. ſ. w. Uebrigens macht Mittermaier ſelbſt das Zugeſtändniß, daß man in dem Momente, wo die Begierde durch den höchſten Grad der Krankheit auf das Höchſte geſteigert ſei, allerdings das Bewußtſein des Kranken als getrübt

annehmen müſſe[1]. Wenn er aber gleichwohl behauptet, daß kein Wahnſinn zu Grunde liege, und daß der Handelnde noch immer das Bewußtſein ſeiner That überhaupt habe, ſo liegt hier theils wiederum die zuvor bemerklich gemachte Verwechslung in Beziehung auf das Moment des Bewußtſeins zu Grunde, theils erhellt, daß er von verſchiedenen Fällen aus argumentirt, nämlich einerſeits von ſolchen, wo eine wirkliche pſychiſche Störung vorlag, die vermeintliche ungeſtörte Verſtandesthätigkeit aber in der That bloßer Schein war, andrerſeits von ſolchen (wohin wir auch den von Mittermaier mitgetheilten unbedenklich zählen), wo kein delirium, aber auch keine mania, vielmehr die Handlung eines durchaus zurechnungsfähigen Subjekts vorlag, welches denn ganz mit Recht ſagen konnte: „diejenigen, welche mich für einen Narren hielten, waren größere Narren, als ich.“ —

Nach Beſeitigung dieſer irrigen Anſichten ſcheint nun aber freilich der Streit nur in andrer Form wiederzukehren, ſofern die Frage erhoben wird, inwiefern überhaupt das Leben des Geiſtes dem ſtörenden, ja völlig vernichtenden Einfluſſe der Naturnothwendigkeit unterworfen ſei. Denn es iſt ein dem Materialismus nahe liegender Ausweg, daſſelbe, was als Wirkung eines unwiderſtehlichen Triebs oder einer mania sine delirio zurückgewieſen wurde, nun eben geradezu als Wirkung des Naturlebens wieder einzuführen. Indeſſen iſt ſchon hiedurch ſehr viel, nämlich ein geeigneteres Terrain, gewonnen, auf welchem man mit Thatſachen kommen muß und von bloß willkührlichen Hypotheſen keine Wirkung erwarten darf. Mag es denn hier immer noch Zweifel

1) S. auch Note XX. zu Feuerbach §. 90 A. und ſeine Diss. de alien. mentis. und de princ. imputat.

genug erwecken, wenn Epilepſie, Entwicklungskrankheiten, Schwangerſchaft, Gebären, Kindbett, wenn mit dem Heimweh verbundene Krankheitserſcheinungen und Andres dergl. ſo unmittelbar und unbedingt, wie es nicht ſelten geſchieht, als Urſachen der Unfreiheit ausgegeben werden, — ſo können doch ſolche Behauptungen ſich nicht mehr mit Argumenten ſchützen, die aus der mißverſtandenen Natur des Geiſtes ſelbſt genommen ſind, es muß vielmehr der Beweis wirklicher körperlicher Krankheit geliefert, und der ſchwerere Beweis einer dadurch wirklich verurſachten pſychiſchen Störung wenigſtens verſucht werden. Hiermit iſt aber der Materialismus bereits aus der offenſiven Stellung in die defenſive zurückgewieſen. Dies iſt aber ein Vortheil für die Wiſſenſchaft des Strafrechts, weil nun wenigſtens über das Verhältniß des Geiſtes zum Körper überhaupt feſte Principien aufgeſtellt werden können, die, wenn ſie auch nicht die poſitiv richtige Entſcheidung jedes konkreten Falls verbürgen, doch wenigſtens eine negative Schranke gegen die unbefugten Eingriffe der Medicin darbieten. Hieran iſt es auch genug, und es wäre eine unbegründete Forderung, wenn man die Philoſophie auch zu Erſterem verbindlich machen wollte. Dieſe hat vielmehr der Medicin die Aufgabe zu überlaſſen, alle diejenigen Krankheitserſcheinungen nachzuweiſen, welche als Gelegenheitsurſachen geiſtiger Störungen vorkommen, und den Kauſalzuſammenhang ſowohl überhaupt, als im beſtimmten Fall darzulegen. Sie hat aber das Recht und darf dieſes Recht durch das Organ der Juſtiz geltend machen, dieſen Beweis auch in vollkommener Evidenz zu verlangen, daher ſich nicht mit der Behauptung der bloßen Möglichkeit eines ſolchen Kauſalzuſammenhangs zu begnügen. Dieſe Möglichkeit an ſich wird von ihr allerdings nicht geläugnet und kann nicht geläugnet wer-

den. Denn ſie ſelbſt ſieht in der Seele nichts Anderes, als die einfache, ſich auf ſich zurückbeziehende Allgemeinheit des Körpers, den immanenten Zweck der geſammten einzelnen Organe. Da nun dieſe Organe den Geſetzen der Natur unterworfen ſind, ſo muß begreiflicher Weiſe auch ihre immanente Totalität dem Einfluſſe der Naturnothwendigkeit ausgeſetzt ſeyn, und pſychiſche Störungen können nicht allein von der geiſtigen Seite ausgehen, ſondern auch von ſomatiſchen Störungen verurſacht werden. Allein dieſe Möglichkeit muß nun in den betreffenden Fällen als Wirklichkeit und Nothwendigkeit aufgezeigt und ferner darf dabei das allein wahre Verhältniß des Geiſtes zu ſeiner Natur nie auſſer Augen geſetzt werden. Dies beſteht aber weder in einem Dualismus, noch in unmittelbarer Identität, ſondern darin, daß der Geiſt die Identität ſeiner Natur iſt. Darin liegt nämlich ebenſo ſeine Negativität gegen dieſelbe, wie daß ſie an ihm als Moment, aber als ideelles Moment geſetzt iſt. Vermöge dieſes Verhältniſſes iſt der Geiſt ſeinem Weſen nach die Macht über ſeine Natur, ſein Begriff iſt ſeine Freiheit von der Natur und ihrer Nothwendigkeit. Wenn er nun gleich dieſe Freiheit erſt in einer in die Zeit fallenden Entwicklung zur Aktualität bringen, und wenn er gleich der ſchon wirklich gewordenen Freiheit durch die Macht der Natur wieder beraubt werden kann, ſo iſt doch ſelbſt dieſe Beraubung nicht als eine Vernichtung, ſondern nur als eine Wiederherabſetzung der Aktualität zur bloßen Potenz anzuſehen, und es iſt ſelbſt dies nur als Ausnahme zu betrachten, die ſtreng bewieſen werden muß.

§. 83.

Sofern nun die Aktualiſirung der Freiheit einen in die Zeit fallenden Entwicklungsproceß vorausſetzt, laſſen ſich zwei Gründe für das Nichtſtattfinden der Zurechnungsfähigkeit an-

geben. Entweder iſt nämlich 1) die potentielle Freiheit des Subjekts noch überhaupt nicht zur Wirklichkeit gekommen, oder iſt 2) dieſe Wirklichkeit zwar vorhanden geweſen, aber wieder aufgehoben worden.

§. 84.

ad. 1) ſind die Jugend, der Zuſtand eines ununterrichteten Taubſtummen, angeborner Blödſinn, der Zuſtand eines ſchuldlos völlig Wilden als einzelne Formen aufzuführen. Was die Jugend betrifft, ſo iſt es nicht richtig, wenn als Grund ihrer Unzurechnungsfähigkeit ihre Unfähigkeit, Recht und Unrecht zu unterſcheiden, angegeben wird [1]). Denn hier wird Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit verwechſelt; und nur ſoviel iſt richtig, daß die kriminaliſtiſche Zurechnungsfähigkeit des Menſchen in einem viel ſpäteren Zeitpunkte beginnt, als ſeine formelle Zurechnungsfähigkeit überhaupt [2]). Letztere nämlich iſt vorhanden, ſobald der Menſch wirklich zu denken beginnt und hiermit ſelbſt Princip ſeiner Handlungen wird, was ſchon in früher Jugend ſtattfindet, nicht als ein Plötzlichhervortretendes, ſondern als allmälige Entwicklung. Allein dieſe Zurechnungsfähigkeit hat für das Strafrecht keine Bedeutung, weil die Strafe, wie unten näher zu zeigen iſt, den entwickelten Menſchen vorausſetzt, der das Bewußtſein der Schuld in ſeiner ganzen Fülle zu haben fähig iſt. Gleichwohl ſetzt auch die erziehende Strafgerechtigkeit, welche es mit den Vergehen der Jugend zu thun hat, Zurechnungsfähigkeit überhaupt voraus. Mithin iſt hier nur die frühſte Jugend gemeint, in welcher der Menſch überall noch als reines Naturweſen thätig iſt. Die näheren Beſtimmungen dagegen über

1) Kitka N. Archiv. 1834. S. 117 ff. vergl. Rossi Traité II. S. 147 ff. Friedreich Handb. S. 363. Carmignani delle leggi, II. S. 157. Grolman Bibl. I. S. 40 ff.

2) Heffter §. 51. vergl. auch Mittermaier N. Arch. 1841. S. 155 ff. Schulze Pſychiſche Anthropologie. S. 479.

den Anfangspunkt der kriminaliſtiſchen Zurechnungsfähigkeit des Menſchen können erſt an einer ſpäteren Stelle erfolgen. Eben daſſelbe iſt auch hinſichtlich der andern Formen, beſonders auch der Taubſtummheit [1]) zu bemerken, die nur bei völligem Mangel an Unterricht als abſoluter Grund der Zurechnungsfähigkeit gelten kann.

§. 85.

ad. 2) können Zuſtände unterſchieden werden, welche vorübergehend die Zurechnungsfähigkeit aufheben, von ſolchen, welche ſie permanent aufheben. Zu den erſten ſind zu rechnen der höchſte Grad des Affekts, die Trunkenheit, die Schlaftrunkenheit mit den ihr verwandten Zuſtänden, und der furor transitorius. Zu den letzten dagegen Blödſinn, Verrücktheit und Manie. Abſolute Aufhebungsgründe ſind jedoch nur der furor transitorius und die Manie. Die Affekte dagegen, wie die Trunk= und Schlafzuſtände, ſind es nur relativ, ſofern ſie nur in gewiſſen Graden und auch dann nur unter der Vorausſetzung, daß ſie nicht ſelbſt wieder durch die Freiheit geſetzt ſind, die Zurechnungsfähigkeit aufheben. Ebenſo laſſen Blödſinn und Verrücktheit immer noch die Möglichkeit der formellen Zurechnung übrig, wenn gleich von der kriminaliſtiſchen nicht die Rede ſeyn kann [2]).

Anm. — Der hier zuletzt ſtatuirte Unterſchied würde freilich hinwegfallen, wenn die Anſicht Heinroths richtig wäre, wornach auch die wirklichen Geiſteskrankheiten als ſchuldvolle, mithin auf die Freiheit als Princip zurückführende, anzuſehen ſeyn ſollen. Da indeſſen dieſe Schuld von Heinroth ſelbſt nicht als eine rechtliche, ſondern als eine Sündenſchuld bezeichnet wird, ſo kann von dieſer

1) Friedreich Handb. S. 658. Kitka Zeitſchr. f. öſtr. Rechtsgel. 1839. S. 146. Carmignani II. S. 181.

2) Berner a. a. O. S. 115 — 173.

Anſicht hier unbedenklich Umgang genommen werden. — Der Affekt[1]) hat mit den Trunk- und Schlafzuſtänden den Charakter der bloßen Relativität in dem oben angegebenen Sinne gemein. Denn einmal gehört er überall nur dann hierher, wenn er ſeinen Gipfelpunkt erreicht, wo er völlige Bewußtloſigkeit mit ſich führt, — eine Wirkung, die nur gewiſſen Affekten, beſonders dem Zorne, und auch dieſen nur in auſſerordentlichen Fällen zukommt; — und dann gehört der Affekt ganz beſonders zu denjenigen Zuſtänden der Unfreiheit, welche mittelbar wieder ihr Princip in der Freiheit haben können; ja, man wird bei ihm ſagen dürfen: haben müſſen. Denn, wie ſehr man auch die Seite der Unwillkührlichkeit am Affekte premiren mag, und ſo gern man zugeben kann, daß er ein Subjekt völlig auſſer ſich zu bringen vermöge, ſo muß doch andrerſeits darauf beſtanden werden, daß in der geſunden Vernunft das Gegengift gegen ſolche Wirkung liege und deshalb in dem Hingeriſſenwerden immer ein ſich Hinreiſſenlaſſen enthalten ſei. Es wird daher auch beim höchſten Grade des Affekts zwar der dolus, nicht aber die culpa wegfallen; und ebendeshalb würde der Affekt aus der Reihe der Gründe der Zurechnungsunfähigkeit ganz geſtrichen werden müſſen, wenn es nicht Fälle (die des ſog. gerechten Affekts) gäbe, in welchen durch den Veranlaſſungsgrund des Affekts das kulpoſe Moment deſſelben abſorbirt wird. — Wenn hiermit der Affekt den abſoluten Aufhebungsgründen am fernſten zu

---

1) ſ. Henke Abh. II. S. 302. Rossi II. S. 194. Hellie Théorie du code pénal. II. S. 229. Elvers prakt. Arbeiten S. 245. Kitka öſtr. Zeitſchr. 1839. S. 153. Kant Anthropologie §. 64. Schulze Pſychiſche Anthropologie. S. 360 ff. A. Henke Lehrb. §. 274. Friedreich Handb. S. 826 ff.

ſtehen kommt, ſo ſtehen dieſen die Schlafzuſtände[1]) am nächſten. Denn, wenn allerdings die Vernunft ein Präſervativ gegen den Affekt iſt, das man haben kann, wenn man es nur haben will, ſo iſt ſie es nicht ebenſo gegen den Schlaf und die damit zuſammenhängenden Trübungen des Bewußtſeins. Nur vom Zuſtande des Nachtwandelns, ſofern derſelbe die Natur hat, periodiſch einzutreten, läßt ſich ſagen, daß die darin begangenen Thaten mittelbar auf culpa zurückgeführt werden können, — wenn nämlich das Subjekt ſeinen Zuſtand gekannt und die pflichtgemäßen Vorkehrungen im wachen Zuſtande unterlaſſen hat. Dagegen wird das, was in der Schlaftrunkenheit oder im Traum begangen wird, niemals auch nur mittelbar auf Selbſtbeſtimmung reducirt und daher dieſe Zuſtände mit dem furor transilorius[2]) in eine Linie geſtellt werden können. Der Affekt iſt eine höchſt intenſive Steigerung des wachen Lebens, deſſen Grundlage das Selbſtbewußtſein iſt; der Schlaf dagegen iſt der Bruder des Todes, er macht das Selbſtbewußtſein und das Wiſſen von der Auſſenwelt aufhören, er verſenkt den Geiſt in das ſubſtantielle Naturleben zurück. — In der Mitte zwiſchen dem Affekt und den Schlafzuſtänden ſtehen ſodann die Trunkzuſtände[3]). Die Trunkenheit mit den Graden, die

1) J. C. Meiſters Urtheile und Gutachten. Nro. 1. Heinroth Lehrb. II. S. 268. Friedreich Handb. S. 805. 809. Hellie Théorie II. S. 230. A. Henke Lehrb. §. 279. §. 281. Schulze Pſych. Anthropol. S. 485. 595 ff. Mende Hdbch. der gerichtl. Medicin IV. S. 270. Weber Pſychiſche Anthropologie §. 203.

2) Henke Abh. V. S. 161. Friedreich Handb. S. 591.

3) Heinroth Lehrbuch der Seelenſtörungen II. S. 272. Mittermaier N. Arch. XII. S. 1 — 52. und die dort Angef. beſonders Rossi Traité du droit pénal II. p. 188. Carmignani II. S. 284. Friedreich Handb. S. 726. Niccolini Quist. di diritto I. S.

ſich bei ihr unterſcheiden laſſen, iſt dem Affekte ähnlich, ſofern das darin Begangene ſich gleichfalls wieder mittelbar auf die Freiheit, ſei es nun dolus oder culpa, reduciren läßt, dies darum, weil ſich zu betrinken, keine unwillkührliche Sache iſt; dagegen tritt gegenüber dem Affekte der Unterſchied ein, daß bei der Trunkenheit der Anfangspunkt der Zurechnungsunfähigkeit nicht erſt mit dem eintretenden Stadium der Bewußtloſigkeit, d. h. mit dem Schlaf, zu ſetzen iſt, ſondern ſchon dann, wenn zwar noch Bewußtſein vorhanden, aber der innere Zuſammenhang deſſelben aufgehoben iſt, dies darum, weil bei der Trunkenheit Natururſachen wirkſam werden, die im beſtimmten Fall die Gegenwirkung der Vernunft ausſchließen und daher mit ihrem Eintreten das Subjekt in die Unmöglichkeit verſetzen, den Verluſt des Bewußtſeins aufzuhalten. Wie daher die Trunkenheit im Anfange ihres Verlaufs dem Affekt ſich zuneigt, ſo neigt ſie ſich mit der andern Hälfte dem Schlafe zu. Allein von dieſem unterſcheidet ſie ſich wieder dadurch, daß die durch ſie herbeigeführte Zurechnungsunfähigkeit niemals für eine abſolute gelten kann. Was ſodann die von Clarus [1]) ausgehobenen Arten der Trunkfälligkeit betrifft, ſo darf man wohl die inhumanitas, wie die dipsomania ebriosa, als Gründe der Zurechnungsunfähigkeit nicht gelten laſſen, da nicht nachgewieſen werden kann, daß bei den betreffenden Subjekten das Selbſtbewußtſein und das Bewußtſein der Auſſenwelt fehle, und eben ſowenig, daß ihre Thätigkeit eine durch Naturnothwendigkeit beſtimmte ſei [2]). Auch

---

250 ff. Elvers prakt. Arbeiten. S. 345. Weber Pſych. Anthrop. S. 449 ff. Hoffbauer Pſychologie. §. 190 ff. Brühl-Cramer über die Trunkſucht.

1) Beiträge zur Erkenntniß zweifelhafter Seelenzuſtände. S. 118 ff.

2) A. M. Friedreich S. 780.

hinſichtlich der hallucinatio[1]) bemerkt Clarus mit vollkommenem Rechte: daß Sinnesirrthümer, Sinnestäuſchungen und Sinnenwahn, ſie mögen nun infolge des Mißbrauchs ſtarker Getränke, oder aus irgend einer andern Urſache entſtanden ſeyn, in der Zurechnungsfähigkeit im Allgemeinen gar nichts verändern, weil die Seele durch dieſe einzelnen irrigen Wahrnehmungen und von Auſſen ihr vorgeſpiegelten Bilder in ihrem Vermögen, alle übrigen Vorſtellungen in ſich aufzunehmen und wirkſam zu machen, mithin nach Maßgabe derſelben vernünftig zu urtheilen, durchaus nicht gehindert wird[2]). Dagegen muß man allerdings zugeben, daß durch die ſog. vesania ebriosa, wie ſie Clarus als letztes Stadium der Trunkfälligkeit ſchildert, ſowie durch das delirium tremens die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, wie denn ja dieſe Zuſtände nicht mehr bloß den Uebergang zu den wirklichen Geiſteskrankheiten bilden, ſondern ſolche ſchon ſelbſt ſind. — Daß nun durch dieſe[3]), welche oben nach Roſenkranz klaſſificirt ſind, die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, braucht nicht weiter demonſtrirt zu werden, daher es an einigen Bemerkungen über einzelne Punkte

---

1) Vgl. Hagen die Sinnestäuſchungen in Bez. auf Pſychologie. Esquirol des illusions chez les aliénés. Clarus a. a. O. S. 134 ff.

2) Vgl. Jarke die Lehre von der Aufhebung der Zurechnung durch unfreie Gemüthszuſtände S. 81 ff.

3) Literatur in Feuerbachs Lehrb. 13te Ausg. §. 90. n. g. §. 90 a. n. dd. Darunter beſonders Hoffbauer Unterſ. über d. Krankh. d. Seele. Heinroth Lehrb. der Störungen des Seelenlebens. Neumann die Krankheiten des Vorſtellungsvermögens. Clarus die Zurechnungsfähigkeit des Mörders Woyzek. Jarke, Gros, Friedreich a. a. O. Esquirol Allg. u. ſpec. Pathologie überſ. v. Hille. Friedreich Darſtellung der Theorien über das Weſen pſych. Krankheiten. Viſini u. Kitka a. a. O.

genügen mag. Der Blödſinn gehört, ſofern er als angeborner Blödſinn vorkommt, nicht hierher, ſondern, gleich dem Zuſtand eines ununterrichteten Taubſtummen, unter die Gründe der Zurechnungsunfähigkeit wegen noch nicht entwickelter Freiheit. Es gilt in dieſer Beziehung von ihm, was oben von der Jugend angegeben wurde, daß Zurechnungsfähigkeit bei ihm möglich iſt, aber keine für das Strafrecht praktiſche. Er kann aber auch erſt ſpäter entſtanden ſeyn, und in dieſer Form gehört er hierher. Daß es auch einen partiellen Wahnſinn [1]) gebe, iſt als unzweifelhaft zu betrachten, ebenſo, daß bei totalem Wahnſinn lichte Zwiſchenräume vorkommen [2]); hierbei kann nun aber kein Zweifel ſeyn, daß Handlungen in ſolchen lichten Zwiſchenräumen, ſowie Handlungen eines partiell Verrückten, die nicht im Kauſal-Zuſammenhang mit ſeiner Narrheit ſtehen, durchaus nicht als unzurechenbar betrachtet werden dürfen [3]). Aber freilich wird theils in ſolchen Fällen die Beweisfrage ſchwierig und hierin die größte Vorſicht nothwendig ſeyn, theils wird ſich wiederum wegen Unanwendbarkeit des vollen Begriffs der Schuld eine kriminelle Strafe nicht rechtfertigen, daher auch hier die Zurechnungsfähigkeit überhaupt von der kriminaliſtiſchen unterſchieden werden muß [4]).

2. Aufhebung der Zurechnung wegen Mangels am Thatmoment.

§. 86.

Da der Begriff der Zurechnung in der Rechtsſphäre auf dem Begriffe der Handlung beruht, ſo ſetzt er weſentlich das

1) Friedreich Handb. S. 556. N. Arch. XIV. S. 271.

2) Derſ. N. Arch. a. a. O.

3) Jarke a. a. O.

4) Friedreich Handbuch S. 599 Mittermaier in der 13. Ausg. von Feuerbach. §. 90. a.

Thatmoment voraus, und muß daher hinwegfallen, wo es an dieſem Momente fehlt. Hierin liegt nun ein weſentlicher Unterſchied der rechtlichen Zurechnung von der moraliſchen, die auch das bloß Gewollte, Innerliche zu ihrem Gegenſtande hat. (Berner, a. a. O. S. 66. 67.)

3. Aufhebung der Zurechnung wegen mangelnder Vermittlung zwiſchen Willen und That.

§. 87.

Es kann Wiſſen und Wollen vorhanden ſeyn und ein Thatmoment vorliegen; gleichwohl aber die Zurechnung unmöglich ſeyn, weil es an der Vermittlung zwiſchen Willen und That gebricht. Als Aufhebungsgründe dieſer Vermittlung aber ergeben ſich 1) äußere Gewalt, 2) Irrthum, 3) Zufall.

§. 88.

1) Ein rechtsverletzender Erfolg kann dem Subjekt nicht zugerechnet werden, wenn er eine demſelben ſchlechthin äußere, fremde Kauſalität hat, zu welcher ſich der Menſch auf keine Weiſe als ſich ſelbſt beſtimmendes Subjekt, ſondern nur als unſelbſtändiges Mittel verhält. Dies iſt der Fall, wenn die Gewalt der Natur, die Leiblichkeit des Menſchen bezwingend, ihn als bloßes Naturobjekt wirken läßt, ſei es nun mittelſt mechaniſcher, oder mittelſt organiſcher Kräfte, ebenſo wenn dieſelbe Art von äußerlich zwingender Beſtimmung von einer fremden Subjektivität ausgeht, zu welcher ſich das fragliche Subjekt als ſelbſtloſes Werkzeug verhält.

Anm. Die vis major naturae wird von Berner a. a. O. S. 53 ff. ohne Grund unter die Rubrik des Zufalls geſtellt, indem er unmittelbaren Zufall und Zufall in den Folgen unterſcheidet. Im Reſultate macht dies nun zwar keinen Unterſchied; aber richtiger ſcheint es, nur die letztere Art von willenloſem Geſchehen unter

den Zufall zu ſtellen, woraus ſich dann eine richtigere Gliederung der in dieſe Sphäre gehörigen Aufhebungsgründe der Zurechnung ergiebt. Bei der Gewalt fehlt es nämlich an der Vermittlung des Thatmoments mit dem Willen, beim Irrthum an der Vermittlung mit dem Wiſſen, während beim Zufall die Vermittlung mit beiden zugleich aufgehoben iſt. Ueberdies iſt gar kein Grund da, zwiſchen der Naturgewalt und der von einem fremden Willen ausgehenden Gewalt zu unterſcheiden, ſofern durch beiderlei Arten von Gewalt zwingend auf die Leiblichkeit eines Menſchen eingewirkt und dieſe dadurch zu einer ſelbſtloſen Thätigkeit beſtimmt wird. In beiden Fällen iſt dieſes Subjekt, um deſſen Thun es ſich eben handelt, zum bloßen Mittel und Werkzeug einer ihm fremden und äußerlichen Kauſalität herabgeſetzt und deshalb wird ihm in beiden Fällen ſein Thun, als auf keine Weiſe aus Selbſtbeſtimmung hervorgegangenes, nicht zugerechnet. Hievon abgeſehen, iſt es treffend, wenn Berner bei der Naturgewalt weiterhin die Kräfte unterſcheidet, durch welche ſie wirkſam werden kann, und bei Gelegenheit der organiſchen Kräfte insbeſondere an die Thätigkeit der mit der Waſſerſcheu Behafteten erinnert, welche allerdings hierher gehört. In der von einer fremden Subjektivität ausgehenden Gewalt liegt übrigens allerdings, wie Michelet [1]) richtig zeigt, der Uebergang zum Irrthum. — Die Möglichkeit eines pſychiſchen Zwangs [2]), wodurch die „innere Willkühr“ aufgehoben werden ſoll (unerträgliche Körper- oder Seelen-Qualen, Drohungen, Nothſtand) muß verworfen werden.

1) Syſtem der Moral. S. 25.

2) Bauer, Abh. I. S. 258. Feuerbach, §. 91 und Mittermaier in den Noten dazu.

§. 89.

2) Kann dem Subjekt der rechtsverletzende Erfolg ſeines Thuns nicht zugerechnet werden, wenn zwar Wille und That in Vermittlung waren, dagegen die Vermittlung der That mit dem Wiſſen fehlte. Das Princip des Handelns liegt hier zwar nicht, wie im vorigen Falle, außerhalb des Subjekts, ſondern es liegt in ihm ſelbſt; aber es liegt nur formell in ihm, nur in ſeinem Wiſſen, welches im Gegenſatz zu ſeinem Willen, und zwar in einem durch die Objektivität determinirten Gegenſatze ſich befindet. Hiemit iſt ſchon ausgeſprochen, a) daß hier nur von dem Wiſſen um die äußern Umſtände der Handlung die Rede ſein könne; denn nur ein Irrthum in Thatſachen kann ſeine Kauſalität in der Objektivität haben, weil die empiriſche Kenntniß der objektiven Außenwelt allerdings nicht mit dem Weſen des Geiſtes identiſch und eben darum zufällig iſt, während es mit dem ſogenannten Rechtsirrthum, worüber unten, ganz anders ſich verhält; b) daß es ſich hier nur von einem unvermeidlichen Irrthum handeln kann, weil nur von einem ſolchen ſich ſagen läßt, daß hier das Wiſſen des Subjekts durch die Objektivität determinirt, durch die urſprüngliche Fremdheit der Objekte als ein irriges geſetzt worden ſei.

Anm. — „Weil das beſtimmende Princip des freien Handelns das Wiſſen oder jenes nichts als das zur Objektivität ſich beſtimmende Wiſſen ſelbſt, dieſes Wiſſen aber im gegebenen Falle ein von außen in das Objekt nothwendig ſich reflektirender Schein iſt, ſo beruht die That formell zwar auf dem Willen des Subjekts, aber dieſes iſt ein bloßer Scheinwille und jene hat in Wahrheit ihr Princip außer der Subjektivität, nämlich im objektiven Scheine, und iſt unzurechenbar.“ Wirth.

I. S. 131. [1]) — Ueber den Rechtsirrthum [2]) wäre man ohne Zweifel ſich klarer geworden, als es häufig der Fall iſt, wenn man ihn, wie es ſich gehört, aus der Lehre von der formellen Zurechnung entfernt und an der rechten Stelle abgehandelt hätte. — Wie die Gewalt, ſo iſt übrigens auch der Irrthum nur relativ Aufhebungsgrund der Zurechnung, da es die Schuld des Subjekts ſelbſt ſeyn kann, ſich in die Lage verſetzt zu haben, worin er entweder als Mittel einer fremden Kauſalität oder in Folge des in ſein Wiſſen reflektirten Scheins eine Rechtsverletzung hervorbrachte. — Endlich iſt noch zu bemerken, daß natürlich der Irrthum das Prädikat der Freiwilligkeit nur inſoweit an der Handlung auslöſcht, als ſie durch die falſche Vorausſetzung bedingt iſt; ein Satz, von dem übrigens bei Berner a. a. O. S. 64 ff. theilweiſe unrichtige Anwendungen gemacht ſind. Näheres darüber unten §. 109.

§. 90.

3) Bei der Gewalt iſt nicht die Vermittlung zwiſchen Wiſſen und Thun, wohl aber zwiſchen Willen und Thun unmittelbar aufgehoben. Beim Irrthum iſt der Wille formell identiſch mit dem Thun, aber es fehlt an der Vermittlung des Thatmoments mit dem Wiſſen. Beides nun, Wiſſen und Wollen, in Gegenſatz zu dem Thatmoment geſetzt, dieſer Gegenſatz hiemit zum bewußten Widerſpruch geſteigert, ſtellt ſich im Zufall dar. Hiernach iſt auch die durch äußere Gewalt, wie die durch Irrthum determinirte Thätigkeit des Subjekts für dieſes ſelbſt, d. h. indem es den in ſeinem Thun liegenden Bruch der Subjektivität und der Objektivität ſich zum Bewußtſein bringt, Zufall. Denn das Thatmoment, der Erfolg, angeſehen als ein gegen die Subjektivität Anderes,

1) Mittermaier, Note 1. zu Feuerbach. §. 57,

2) Derſelbe, a. a. O. Note 2.

es ſei nun mit dem formalen Willen noch identiſch oder nicht, erſcheint als das Zufällige gegen das Subjekt, als zufälliger Erfolg, d. h. als eine Wirkung, die zwar in objektivem, nicht aber in ſubjektivem Zuſammenhang mit dem Subjekte ſteht. Allein der Bruch zwiſchen Subjektivität und Objektivität bleibt nicht bloß dieſer einfache, unmittelbare. Vielmehr liegt es in der Natur der endlichen Handlung, in welcher ſich das Subjekt dem objektiven Weltzuſammenhange preisgiebt, daß der Zufall ſich in's Unbeſtimmte fortſetzen, d. h. daß auch an ein mit Wollen und Wiſſen vermitteltes Thun zufällige Folgen ſich anknüpfen können, ſofern zu dem ſubjektiven Willen weitere Urſachen im äußern Weltzuſammenhange hinzutreten, welche ſeinem Wiſſen fremd blieben und fremd bleiben mußten. Dieſer Zufall in den Folgen, welcher als Zufall im e. S. herausgehoben werden kann, vereinigt ſomit in ſich das Moment der Gewalt und das des Irrthums, ſofern hier eine fremde Kauſalität wirkt, von welcher vorausgeſetzt wird, daß ſie ſich im Wiſſen des handelnden Subjekts nicht reflektirt habe und nicht habe reflektiren können. Sofern eine ſolche zufällige Folge ſich an eine wirkliche Handlung hängt, ſtellt ſie den objektiv, wie ſubjektiv exiſtirenden vollſtändigen Widerſpruch zwiſchen der Objektivität und Subjektivität dar.

Anm. 1) — Aus dem Begriffe des Zufalls folgt von ſelbſt, daß eine, obwohl zufällige, Folge der Handlung wie der Vorſatz ſelber angeſehen werden muß, wenn die Handlung in der Hoffnung vollbracht wird, daß jenes Ereigniß daraus folgen werde; denn in dieſem Falle iſt es ja vor dem Handeln im Subjekt geſetzt geweſen. (Michelet, a. a. O. S. 52. Oerſted, Grundregeln §. 36.).

2) Hier, beim Schluſſe der Lehre von der Aufhebung der Zurechnung, mag zugeſtanden werden, daß die Kriminaliſten ſehr häufig im Ausdrucke nicht die gehörige

Genauigkeit beobachten, wodurch allerdings Verwirrung entſtehen kann. Allein gleichwohl haben ſie die ſchon mehr berührten Vorwürfe, die ihnen Luden macht, nicht verdient, und es iſt vielmehr zu behaupten, daß ſeine eigenen Behauptungen in dieſer Materie keineswegs dazu dienen, ſie im begriffsgemäßen Lichte erſcheinen zu laſſen. — Er wirft namentlich Feuerbach vor, daß ſeine Lehre von der Zurechnung an argen Widerſprüchen und Inkonſequenzen leide. Feuerbach behauptet nämlich §. 84: die Anwendung des Strafgeſetzes ſei bedingt durch das Daſein eines geſetzwidrigen Willens, auf welchen die objektiv ſtrafbare That durch die Zurechnung bezogen werde; der äußere und innere Zuſtand einer Perſon aber, vermöge welches ihr eine That zugerechnet werden könne, ſei die Zurechnungsfähigkeit. Im §. 88 fährt er dann fort: der Zuſtand einer Perſon, in welchem für dieſelbe die Möglichkeit aufgehoben geweſen, entweder überhaupt nach Willkühr zu handeln oder ihre Willkühr den Strafgeſetzen gemäß zu beſtimmen, ſchließe die Strafbarkeit nur unter der Vorausſetzung aus, daß nicht nur 1) die Möglichkeit eines geſetzwidrigen Willens aufgehoben war in unmittelbarer Beziehung auf die rechtswidrige That, d. h. bei und während ihrer Begehung, ſondern auch 2) daß dem die unmittelbare Zurechnung ausſchließenden Zuſtande nicht ſelbſt ein geſetzwidriger Wille, Dolus oder Culpa zu Grunde liege. [1] — An dieſer Darſtellung kann mit Recht ausgeſetzt werden, daß der Ausdruck Zurechnungsfähigkeit, der nur für die ſubjektiven Gründe der Aufhebung der Zurechnung paßt, verallgemeinert und für alle, auch die objektiven Aufhebungsgründe genommen iſt, ſo daß der

1) Vgl. über dieſe ſog. actiones liberae in causa Grolman §. 51. n. 6. Oerſted, Grundregeln, §. 38. Feuerbach, Kritik des Kleinſchrod'ſchen Entw. II. S. 80 ff.

falſche Schein entſteht, als ob ein Menſch, der durch äußere Gewalt oder Irrthum zu einem rechtsverletzenden Thun beſtimmt wird, zurechnungsunfähig wäre. Wenn Luden dies tadelt, ſo hat er vollkommen Recht. Aber er geht weiter, und wird gegen Feuerbach ungerecht. Er findet nämlich einen Widerſpruch zwiſchen den beiden angef. §§. „Entweder," ſagt er, „iſt der Zuſtand der Zurechnungsfähigkeit zur Strafbarkeit ſchlechterdings erforderlich: und alsdann kann nichts darauf ankommen, auf welche Weiſe Jemand in unzurechnungsfähigen Zuſtand gerathen, ob mit oder ohne eigene Verſchuldung. Oder das Eintreten oder Nichteintreten der Strafbarkeit iſt davon abhängig, ob Jemand ſelbſt Schuld daran habe oder nicht, daß er ſich in unzurechnungsfähigem Zuſtande befindet: und alsdann darf man den Zuſtand der Zurechnungsfähigkeit nicht als abſolutes Erforderniß der Strafbarkeit aufſtellen." Abh. II. S. 209. Die Einwendung trifft nicht, weil Feuerbach keineswegs die Zurechnungsfähigkeit als abſolutes Erforderniß der Strafbarkeit läugnet, ſondern nur behauptet, daß der gegentheilige Zuſtand nicht abſoluter, ſondern nur relativer Strafaufhebungsgrund ſei. Er hat auch damit ganz Recht; und das von Luden aufgeſtellte Dilemma iſt falſch. Denn daraus, daß überall nur ein Zurechnungsfähiger geſtraft werden kann, folgt nur, daß ein Zurechnungsunfähiger ſtraflos bleiben muß, keineswegs aber folgt daraus, daß jeder Grund der Zurechnungsunfähigkeit dies auf abſolute Weiſe ſei; vielmehr, wenn es bloß relative Gründe der Zurechnungsunfähigkeit giebt, und es zeigt ſich im konkreten Fall, daß die Zurechnungsunfähigkeit keine abſolute iſt, ſo iſt ja eben damit bewieſen, daß das Subjekt zurechnungsfähig iſt, und es wird mithin dem erſteren Grundſatze auf keine Weiſe etwas abgebrochen. Eben ſo wenig folgt daraus, daß die Entſcheidung, ob ein Grund

der Zurechnungsunfähigkeit abſolut oder nur relativ gewirkt habe, von der Schuld des Subjekts abhängig gemacht wird, im Mindeſten, daß man den Zuſtand der Zurechnungsfähigkeit nicht als abſolutes Erforderniß der Strafbarkeit aufſtellen dürfte; denn in dem Falle, wo das Subjekt ſelbſt durch ſeine Schuld den gegentheiligen Zuſtand herbeigeführt hat, wird ja eben vorausgeſetzt, daß das Subjekt in Wahrheit nicht als zurechnungsunfähig, ſondern als zurechnungsfähig zu betrachten, oder — um eine von Luden ſonſt beliebte Unterſcheidung zu gebrauchen — daß die faktiſche Zurechnungsunfähigkeit juriſtiſch als Zurechnungsfähigkeit anzunehmen ſei. Zu den ungeeigneten Ausdrücken, deren ſich Feuerbach hier bedient, gehört freilich ganz beſonders der Ausdruck Zuſtand. Denn dieſer drückt Paſſivität aus, während es ſich bei der ganzen Frage weſentlich um die Aktivität handelt, daher es denn allerdings ſonderbar klingt, von einem Zuſtand der Paſſivität zu reden, der mittelbar als Aktivität betrachtet werden ſoll. Allein gerade den Ausdruck Zuſtand findet Luden ſo wenig anſtößig, daß er vielmehr dieſen zur Grundlage ſeiner eigenen Anſicht macht. Ihm iſt nämlich die Zurechnungsfähigkeit überhaupt ein Zuſtand, in welchem das Subjekt ſich entweder befindet oder nicht befindet; ein Zuſtand, deſſen Begriff ihm von dem Begriffe der Handlung ganz und gar unabhängig iſt. Allein eben hiedurch wird eine Verwirrung in die Begriffe gebracht [1]), während bei Feuerbach nur eine Verwirrung in den Ausdrücken vorhanden iſt. Denn Luden ſelbſt verſteht unter Zurechnungsfähigkeit ganz richtig die Bedingung, unter

---

1) Vgl. Stübel Thatbeſtand §. 112. Dagegen Bauer Abhandl. I. S. 227 und die dort Angef.

welcher einem Subjekt Schuld zugeſchrieben werden kann. Indem er aber aus dem Begriff der Handlung ausdrücklich das Moment der Zurechnungsfähigkeit des Subjekts ausſchließt, ſo ſtatuirt er, daß auch ein unzurechnungsfähiges Subjekt handeln, und zwar mit dolus und culpa handeln könne. Da nun aber dolus und culpa nichts anderes als die Arten der Schuld ſind, ſo ſtatuirt er die Möglichkeit einer Schuld, die doch auch wieder nicht Schuld ſein ſoll. Will er dieſen Widerſpruch vermeiden, ſo muß er offenbar unter Schuld etwas Weiteres verſtehen, das zu dem doloſen oder kulpoſen Handeln erſt noch hinzu kommen muß, um daſſelbe ſtrafbar zu machen. Fragt man dann, was wohl dieſes Weitere ſeyn werde, ſo wird die Antwort ſeyn: die Freiheit dieſes Handelns. So richtig dies nun im Reſultat iſt, ſo falſch iſt es doch, unter der Vorausſetzung der Unfreiheit überhaupt von Willen und Handlung, und vollends von dolus und culpa zu reden, wobei man ſich in der That gar nichts denken kann. Es iſt damit aus dem Begriffe der Handlung die Seele hinweggenommen und ihr organiſches Leben zum mechaniſchen Räderwerk gemacht, das eben dadurch die Unwahrheit ſelbſt wird. Eben eine ganz mechaniſche Betrachtungsweiſe iſt es denn auch, die Freiheit und Unfreiheit für Zuſtände anzuſehen, d. h. den Menſchen als ein Naturſein zu betrachten, während ſein Seyn doch nur ſeine Aktivität, nur das iſt, wozu er ſelbſt ſich macht. Davon iſt es die natürliche Folge, wenn nur entweder Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit angenommen und das mittlere Dritte, die relative Zurechnungsfähigkeit ausgeſchloſſen wird. Gerade dies macht die Anſicht praktiſch bedenklich. Die Unzurechnungsfähigkeit wird als reiner Zuſtand genommen, bei dem dann weiter

von Schuld gar keine Frage ſeyn ſoll. Offenbar iſt hiemit dem Materialismus der Aerzte Thür und Thor geöffnet. Dies erſcheint aber um ſo ſonderbarer, als Ludens Beſtreben erklärtermaßen vielmehr dahin geht, die Beurtheilung der Fälle, in welchen die Zurechnung nicht wegen wahrer Seelenſtörungen ausgeſchloſſen iſt, möglichſt den Aerzten zu entziehen. Zu dieſem Behufe brauchte es aber ſeiner Neuerungen in der Imputationslehre ſo wenig, daß vielmehr von dieſen gerade der umgekehrte Effekt zu erwarten wäre. Allein dieſelben ſind auch völlig unnöthig, wie denn ja Luden ſelbſt S. 210, 211 zugiebt, daß er im rechtlichen Reſultate nicht von den getadelten Schriftſtellern abweiche. Luden ſubſtituirt dem Ausdruck: Aufhebungsgrund der Zurechnung die Ausdrücke: Gründe, welche die Handlung, — Gründe, welche den verbrecheriſchen Willen ausſchließen. Nach allem bisher Ausgeführten iſt dies nun weſentlich gar nichts Neues; und nur die Worte ſind andere. Denn auch Luden will von keiner Zurechnung wiſſen, wenn es an der Handlung, z. B. wegen vis absoluta fehlt, oder wenn kein verbrecheriſcher Wille angenommen werden kann. Wenn er alſo dieſe Gründe auſſerhalb der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit rubricirt und nun noch ſpeciell von Gründen der Unzurechnungsfähigkeit ſpricht, ſo begeht er inſoweit nur den Fehler, das Zuſammengehörige auseinanderzureißen, wobei ſich dann das ſonderbare Problem ergiebt, den Unterſchied zwiſchen den Gründen, welche die Zurechnungsfähigkeit und denjenigen, welche den verbrecheriſchen Willen ausſchließen, aufzufinden. Allein die Unnatürlichkeit einer ſolchen Auffaſſungsweiſe muß freilich auch in den einzelnen Behauptungen ihre nachtheiligen Folgen äuſſern, und hieran fehlt es denn auch bei Luden keineswegs. Zwar, was

die äuſſere Gewalt betrifft, ſo läuft die ganze Polemik auf leeren Wortſtreit hinaus. Denn, wenn Feuerbach die Gewalt als Grund der Zurechnungsunfähigkeit aufführt, dabei aber die Einſchränkung macht, daß dieſe unverſchuldet ſeyn müſſe, ſo ſagt er damit nichts anderes, als: äuſſere Gewalt ſei nur ein relativer Grund der Aufhebung der Zurechnung, d. h. ſie ſei es nur dann, wenn die Gewalt abſolut gewirkt, wenn ihre Wirkſamkeit nicht wieder mittelbar im Willen, in der Schuld des Subjekts ihr Princip gehabt habe, in welchem Falle das Thun des Menſchen nicht als ſelbſtloſes Thun, ſondern als Handlung anzuſehen ſei. Iſt es aber etwa etwas Anderes, wenn Luden (allerdings vollkommen richtig) ſagt: „in Wahrheit kann von abſoluter Gewalt gar nicht die Rede ſeyn, wenn Jemand durch eigene Verſchuldung in einen Zuſtand gerathen war, in welchem die verbrecheriſche Erſcheinung von ihm hervorgebracht werden mußte; denn es geſchieht eben alsdann nicht durch äuſſere Gewalt, ſondern durch ſeine eigene Handlung, daß die verbrecheriſche Erſcheinung hervorgebracht wurde.“? — Zwei Seiten vorher wird aber gegen Feuerbach und Heffter deshalb polemiſirt, weil ſie eine in der Trunkenheit begangene Rechtsverletzung wegen Selbſtverſchuldung des unfreien Zuſtandes für ſtrafbar erklären. Iſt nun darin irgend eine Konſequenz? Im einen Fall iſt die Thätigkeit durch äuſſerlich, im andern Fall durch innerlich wirkende Naturgewalt beſtimmt. Nimmt man nun im einen Fall die Strafbarkeit wegen Selbſtverſchuldung des Zuſtandes an, warum denn nicht auch im andern? Im Handbuche S. 284 not. 6 iſt geſagt: „wenn die bis zur Bewußtloſigkeit gehende Trunkenheit eine verſchuldete iſt, ſo könnte die Trunkenheit nur als ſelbſtſtändiges Verbrechen

in Betracht kommen, welches aber alsdann in gleichem Maße vorhanden ſeyn würde, auch wenn gar keine rechtswidrigen Erfolge in derſelben hervorgebracht worden wären.“ Allein dieſe Argumentation würde ja eben ſowohl die zuvor angeführte Behauptung hinſichtlich der durch äuſſere Gewalt vermittelten rechtsverletzenden Thätigkeit treffen. Denn hier könnte man mit demſelben Rechte einwerfen: Wenn Jemand ſtrafbar ſeyn ſoll, weil er ſelbſt daran Schuld hat, daß er bei einem Verbrechen zum Werkzeuge diente, ſo würde nur das Sich in jenen Zuſtand verſetzen das Strafbare, und zwar müßte es dies auch dann ſeyn, wenn durch die Einwirkung äuſſerer Gewalt in der That kein rechtsverletzender Erfolg hervorgebracht worden wäre. Um alſo bei dem Beiſpiele der Karolina ſtehen zu bleiben, welches Luden anführt: der Barbier, der einen Menſchen, ſtatt in ſeiner Stube, auf der Gaſſe bedient, müßte ſtrafbar ſeyn eben nur wegen der Wahl dieſer Lokalität, und zwar auf die gleiche Weiſe, ob er nun, geſtoßen von einem Vorübereilenden, ſeinem Kunden den Hals abſchneidet, oder ob er ihn unverſehrt aus ſeinen Händen entläßt. Läßt man aber in dieſem Falle eine ſolche Konſequenz als eine abſurde nicht gelten, ſo darf man ſie auch in dem andern nicht vorbringen, wo die Bedingungen ganz dieſelben ſind, nur daß es ſich ſtatt einer äuſſerlich einwirkenden von einer innerlich beſtimmenden Naturgewalt handelt. Daß dies aber gleichwohl geſchieht, daraus erhellt, daß die von Luden beliebte Neuerung gerade gar nicht dazu dient, das Gebiet der ſtrafbaren Handlungen gegen die Einwürfe der materialiſtiſchen Pſychologie zu ſchützen. — Was die Kindheit, den Blödſinn, die Verwahrloſung u. dgl. betrifft, ſo hat allerdings Luden Recht, wenn er die Aus-

ſchließung der Strafbarkeit nicht durch Zurechnungsunfähigkeit begründet haben will. Denn Kinder, Stumpfſinnige ꝛc. ſind alle zurechnungsfähig lange, ehe ſie zur peinlichen Beſtrafung fähig werden; auch iſt die Bemerkung ganz treffend, daß der Anfangspunkt der kriminaliſtiſchen Zurechenbarkeit für ſolche Zuſtände, die in der erſt ſich entwickelnden Vernunft und Freiheit ihren ſpecifiſchen Charakter haben, nach der Art der Verbrechen variirt. Allein nicht nur iſt es abenteuerlich, wenn hier, wie auch ſonſt, die Behauptung aufgeſtellt wird, daß mit der Bezeichnung dieſer Zuſtände als zurechnungsunfähiger die Beurtheilung derſelben den Aerzten in die Hand geſpielt würde, ſondern man kann auch den von L u d e n angegebenen Grund der Strafloſigkeit nicht gelten laſſen. Dieſer ſoll in der Unfähigkeit liegen, ſich eine Vorſtellung von der verbotenen Handlung zu machen, indem das Kind, der Stumpfſinnige ꝛc. ſich die Einwirkung nicht vorzuſtellen vermöge, die mit der Handlung auf die Auſſenwelt hervorgebracht werde. Allein es iſt klar, daß eine ſolche Unfähigkeit auch allen korrektiven Strafzwang aufheben würde. In der That findet ſie aber auch nicht in der behaupteten Ausdehnung ſtatt, und die Kinder wären ſchlimm daran, wenn die Geſetzgebungen jenen Grund adoptiren ſollten. Denn, ſobald das Kind zu denken anfängt, beginnt es auch wirklich zu wollen und kann verbrecheriſche Vorſätze faſſen, d. h. ſich zu einem Thun entſchließen, wovon es weiß, daß es verboten iſt. Aber gleichwohl darf keine peinliche Strafe verhängt werden, weil dieſe den mündig gewordenen Menſchen vorausſetzt, bei dem einer allgemeinen Norm zufolge angenommen werden kann, daß der Geiſt genug erſtarkt ſei, um die in die werdende Freiheit ſich kontinuirenden Reize der äuſſeren und inneren Natur zu

überwinden. Eben deshalb wurde oben Zurechnungsfähigkeit überhaupt von der vollen, kriminaliſtiſchen Zurechnungsfähigkeit unterſchieden und nur letztere der Jugend und den mit ihr verwandten Zuſtänden abgeſprochen. — Ferner unterſcheidet nun Luden ſolche Gründe, aus welchen die Vorſtellung aufgehoben werde, eine mit der verbotenen Handlung im Kauſalzuſammenhang ſtehende Handlung zu begehen, unter welcher Rubrik Bewußtloſigkeit und Irrthum aufgeführt werden. Bei der Bewußtloſigkeit iſt denn vornämlich vom Affekt, von den Schlaf- und Trunkzuſtänden die Rede. Erſtrer wird aus der Reihe der Aufhebungsgründe der Strafbarkeit ganz geſtrichen, von den übrigen genannten Zuſtänden aber behauptet, daß ſie die verbrecheriſche Willensbeſtimmung aufheben und deshalb in Anſehung der Handlungen, die in denſelben begangen werden, nichts darauf ankomme, ob Jemand mit oder ohne ſeine Schuld in einen ſolchen Zuſtand gerathen ſei. Eben dies iſt nun die ſehr gefährliche Seite der neuen Lehre, ſofern man nämlich eine konſequente Feſthaltung des Princips in Ausſicht hat. Indeſſen kommt man doch auch hier ſchließlich mit dem bloßen Schrecken davon, wenn man ſogleich auf der andern Seite lieſt, daß der Verf. denn doch den Begriff der ſog. actiones liberae in causa wieder zu Gnaden annimmt, indem er ſagt: „Dagegen ſind von den Zuſtänden der Bewußtloſigkeit wohl zu unterſcheiden die Handlungen, durch welche ſich Jemand in einen ſolchen Zuſtand verſetzte; wenn der bewußtloſe Zuſtand in der Art mit der verbotenen Handlung im Kauſalzuſammenhange ſteht, daß ſie aus demſelben hervorgehen muß oder kann, ſo ſteht ſie auch im Kauſalzuſammenhange mit der Handlung, durch welche ſich Jemand in einen ſolchen Zuſtand verſetzte.“ Man darf wohl fragen, worin

der Unterſchied dieſer Darſtellung von der gewöhnlichen beſtehen ſoll, die Luden ſo hart angreift? Der einzige entdeckbare liegt darin, daß er zur culpa jedesmal Bewußtſein des möglichen rechtsverletzenden Erfolgs verlangt, während die gewöhnliche Lehre dieſe Forderung nicht macht. Aber in Beziehung auf die in Rede ſtehende Frage, ob Bewußtloſigkeit ein abſoluter oder relativer Grund der Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit oder Strafbarkeit ſei, iſt dieſe Differenz völlig gleichgiltig. Nach beiden Anſichten iſt die Bewußtloſigkeit kein abſoluter Aufhebungsgrund, ſondern iſt es nur inſofern, als das bewußtloſe Thun nicht ſelbſt wieder auf die freie Selbſtbeſtimmung des Subjekts als Princip reducirt werden kann. Eben dies liegt aber darin, daß ſich Jemand durch ſeine eigene Schuld in den bewußtloſen Zuſtand verſetzte, und das Eigenthümliche an Ludens Behauptung beſteht nun weiter nur darin, daß er dieſe culpa in engere Grenzen einſchließt, indem er zu ihr das Bewußtſein des möglichen Kauſalzuſammenhangs als Requiſit fordert. Hiernach iſt aber kein Grund abzuſehen, warum es unrichtig ſeyn ſollte, zu ſagen: nur unverſchuldete Bewußtloſigkeit ſchließe die Zurechnung der im bewußtloſen Zuſtande ausgeübten Thätigkeit aus; und die ganze Polemik läuft auf einen bloßen Wortſtreit hinaus. Ganz ebenſo verhält es ſich mit der von Luden über den faktiſchen Irrthum aufgeſtellten Behauptung, ſofern er nur die culpa beim verſchuldeten Irrthum enger faßt, als es gewöhnlich geſchieht. Wenn aber die gewöhnliche Doktrin, durch die verſchuldete Bewußtloſigkeit und den verſchuldeten Irrthum die Zurechnung nicht aufgehoben werden läßt, ſo hat dies nicht den Sinn, als ob ſie in dem Betrinken oder Irren an ſich das Strafbare ſähe, ſondern ſie findet die Schuld

nur eben darin, daß ſich das Subjekt freiwillig in einen Zuſtand ſetzte, von dem es wußte oder hätte wiſſen können, daß es darin leicht rechtsverletzende Erfolge hervorbringen könne. Somit iſt nur die Beſtimmung des Umfangs der Schuld bei Luden neu, keineswegs aber die Beſtimmung des Grundes, aus welchem in ſolchen Fällen Zurechnung angenommen wird. Er bringt nun zwar gegen die gewöhnliche Lehre wiederholt noch den Vorwurf vor, ſie begehe den Widerſpruch, von Gründen der Zurechnungsunfähigkeit zu reden und doch gegen ſolche Zurechnungsunfähige Strafen zu verhängen. Allein es iſt doch wahrlich ganz daſſelbe, wenn er die Gründe der Zurechnungsunfähigkeit in Gründe des Mangels an verbrecheriſchem Willen umtauft und nun ganz auf die gleiche Weiſe behauptet, daß dieſe Gründe die Natur der Relativität an ſich haben, daß alſo auch das Thun eines Bewußtloſen oder faktiſch Irrenden ſtrafbar ſeyn könne! Indem er aber freilich den auf die gedachte Weiſe umgetauften Gründen der Zurechnungsunfähigkeit die Relativität zugeſteht, ſo ſtatuirt er für die noch übrig bleibenden Gründe, die er allein als ſolche gelten läßt, das Gegentheil. Indem er nun von dieſen behauptet, daß der Richter nicht befugt ſei, über ihr Daſein oder Nichtdaſein zu entſcheiden, ſo giebt er gerade das Hauptfeld den Aerzten preis und thut dies ſogleich mit der Konceſſion, daß ſie als abſolute Richter über die Freiheit angeſehen werden ſollen. Dies aber iſt das praktiſch Gefährliche an ſeiner Anſicht, da hiemit alle ſogenannten zweifelhaften Seelenzuſtände für gute Priſe der gerichtlichen Medicin erklärt werden [1]). Und freilich läßt ſich nicht wohl ein andres Reſultat von einer Lehre

1) S. darüber vorläufig Berner a. a. O. S. 301—310.

erwarten, welche Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit für Zuſtände erklärt, über deren unmittelbare Exiſtenz hinaus kein Urtheil erlaubt ſei, die gleich anderem natürlichem Daſein nur eben einfach fertig vorhanden und reiner Gegenſtand der unmittelbaren Anſchauung ſeien [1]).

Anm. 3. Der eben angeführten mechaniſchen Behandlung der Hauptfragen in der Imputationslehre ſchließen wir die Erwähnung einer neuerlich auf dem Gebiete der Medicin hervorgetretenen Ausführung an, die den denkenden Kriminaliſten ſehr intereſſiren muß, wenn ſie auch nicht im Stande ſeyn ſollte, ihn vollſtändig zu befriedigen. In einem Aufſatze über pſychiſche Reflexaktionen ſucht nämlich Dr. Grieſinger [2]) Parallelen zwiſchen den Aktionen des Rückenmarks und denen des Gehirns, als Organs der pſychiſchen Erſcheinungen im e. S., hervorzuheben und an normalen und abnormen Erſcheinungen nachzuweiſen. Indem er es nämlich unternimmt, zu zeigen, daß centripetale und centrifugale Aktionen am Rückenmark und am Gehirn nicht verſchiedenen Geſetzen unterthan ſeien, und daß in Bezug auf Uebergang centripetaler in centrifugale Erregung eine merkwürdige Harmonie zwiſchen den mehr oder weniger bewußten Aktionen des Gehirns ſelbſt (Vorſtellungen und Strebungen) und zwiſchen den Empfindungs- und Bewegungserſcheinungen der Centralorgane beſtehe, und indem er hiemit über das Verhalten des Bewußtſeins zu den übrigen Reflexen Aufſchluß zu geben verſpricht, ſo betritt er ein Gebiet, auf dem gerade

---

1) Vgl. Heffter §. 72.

2) Archiv für phyſiologiſche Heilkunde von Roſer und Wunderlich. 1843. S. 76 ff.

die wichtigſten Fragen der Imputationslehre, vor allen die über das Verhältniß des Geiſtes zu ſeiner eigenen Natur, woraus das Princip über die zweifelhaften Seelenzuſtände zu entnehmen iſt, ſich bewegen. Zwar behauptet nun der Verf. gleich im Eingange, mit einem zweideutigen Seitenblicke auf die Philoſophie, daß die Entwicklung und Deutung derjenigen Erſcheinungen an den Organismen, welche man die pſychiſchen nenne, gerade wegen ihres Organiſchſeyns ganz allein dem Naturforſcher zuſtehe. Allein ſo gewiß der Philoſophie jede geiſtreiche Forſchung auf dem Gebiete der Phyſiologie des Menſchen nur erwünſcht kommen kann, ſo wenig kann und wird ſie ſich doch durch ſolche einſeitigen Proteſtationen ihr Recht verkümmern laſſen, dem empiriſchen Naturforſcher ſeine Grenze ihrerſeits aufzuweiſen und den Punkt feſtzuhalten, wo die Schlüſſe aus ſomatiſchen und pſychiſchen Erſcheinungen, als eingreifend in die Philoſophie des Geiſtes, berechtigt zu ſeyn aufhören. So lang es ſich nur um das geiſt-leibliche Leben handelt, wird alſo der phyſiologiſchen Entwicklung und Deutung pſychiſcher Erſcheinungen ihr vollkommenes Recht bleiben, umſomehr, als ſie hier eben für einen weſentlichen Theil der Philoſophie, die Naturlehre des Geiſtes, dienſtbar iſt. Wo aber das punctum saliens, der Uebergang von der Seele zum Geiſt eintritt, da wird die bloß empiriſche Betrachtung und Erklärung der Phänomene um ſo weniger als eine berechtigte anerkannt werden dürfen, als es gerade das Weſen dieſes Uebergangs iſt, daß der Geiſt ſeine Negativität gegen ſeine Natur erkennt und ſich gegen ſie in ſich ſelbſt zurückzieht, um ſofort dieſes ſein eigenthümliches Selbſtbewußtſein erſt der Natur einzubilden. Eben um dieſen Punkt bewegt ſich aber der vorliegende Aufſatz, daher es angemeſſen erſcheint, — hier etwas näher

auf denſelben einzugehen. — Heben wir vorerſt die Reſultate heraus, ſo ſcheint es, als ob zwiſchen der hier dargelegten Anſicht über die Freiheit und den Gedanken des Verf. eine unausfüllbare Kluft ſich befinde. Denn nicht nur, daß er offen bekennt, er ſei kein Spiritualiſt, was er aber freilich nur inſofern ausſpricht, als er ſich von der ſomatiſchen Theorie über die Seelenſtörungen losſagt, — ſondern er ſagt unumwunden: „Unter der Bezeichnung: Reflexaktion begreift man das Uebergehen ſenſitiver Eindrücke in motoriſche im Rückenmarke; unter dem Namen: pſychiſche Reflexaktion wollten wir eine Aktion des Gehirns, die Uebergänge von Vorſtellungen in Strebungen, theils inſofern ſie bewußt, theils unbewußt ſind, näher betrachten. Beim Rückenmarke kennt man nahezu mit Sicherheit die Theile, welche Empfindung, und die, welche Bewegung vermitteln; beim Gehirne hat man noch kaum eine Ahnung von einer ähnlichen Unterſcheidung der Organe nach ihrer Funktion. Wir wiſſen nicht, welchen ſeiner Theile die einzelnen Akte, in die die pſychiſche Thätigkeit zerfällt, zukommt; aber wir treiben den Materialismus ſo weit, daß wir glauben, der künſtlich komplicirte Bau des Gehirns ſei nicht bloß des anatomiſchen Intereſſes wegen da, ſondern er ſtelle die organiſchen Apparate zur Aufnahme der centripetalen Eindrücke, zu ihrer Umarbeitung in Vorſtellungen, zu deren Zerſtreuung und Kombination, zu ihrem Uebergange in Strebungen und zur Entladung der Bewegungsimpulſe dar. In der That, weder an Selbſtachtung, noch an Menſchenliebe wird man ärmer, indem man ſich klar macht, daß Vorſtellen und Streben das Reſultat organiſcher Proceſſe ſind, und daß es ſchon irrthümlich iſt, das Verhältniß mit den Worten auszudrücken: das Gehirn ſei das Werkzeug, das materielle Subſtrat

der Seele.“ Hiemit iſt wohl entſchieden genug ausgeſprochen, daß der Verf. ſich das Leben des Geiſtes, Intelligenz und Willen, nur als eine quantitative Steigerung, eine verfeinerte Potenz des allgemeinen, organiſchen Naturlebens denkt, und es ſcheint eine Unmöglichkeit, bei ihm das Anerkenntniß der Willensfreiheit zu ſuchen. Gleichwohl ſieht man ſich angenehm überraſcht, wenn man wirklich dieſes Anerkenntniß, wenn ſchon nicht in ſeiner vollen Stärke und Reinheit, wenn man überhaupt mehr als Einen Anknüpfungspunkt findet, an dem die Philoſophie dem Verf. die Hand bieten und ſeinen phyſiologiſchen Kombinationen eine ihren Grundſätzen angemeſſene Seite abgewinnen kann. — Der Verf. beginnt mit einer in der Sonnenferne des Bewußtſeins ſtehenden Reflexaktion, die der ſcheinbaren Ruhe oder vielmehr den mittleren Thätigkeits-Graden des ſenſoriſchen und motoriſchen Syſtems angehört und auf den erſten Blick ganz ohne Theilnahme der Seele vor ſich zu gehen ſcheint, — dem Tonus der Muskeln, des Zellgewebs und der Gefäße. Derſelbe wird, ſagt er, von einem Zuſtande des Rückenmarks als Ganzem beſtimmt, und zwar bildet ſich dieſer Zuſtand offenbar nur aus den centripetalen Eindrücken der ſenſitiven Nerven, die theils in unſer Bewußtſein fallen, theils nicht. Beide Arten von Eindrücken geben zuſammen die Summe aller Erregungen des Centralorgans. Das Centralorgan hält aber dieſe Eindrücke nicht in ihrer den einzelnen Faſern entſprechenden Sonderung feſt, ſondern in ihm, als Ganzem, bildet ſich in jedem Momente ein aus allen zuſammen herausgekommenes mittleres Facit der Erregung, und eben dieſer mittlere Zuſtand ſcheinbarer Ruhe iſt es, der den Tonus unterhält und regulirt. Offenbar müſſen alſo die ſenſitiven Eindrücke im Centralorgan einem Proceſſe unter-

worfen ſeyn, durch welchen ihre Beſonderheit zum größten Theile aufgehoben wird, ſie unter ſich zuſammen geleitet, vermiſcht, kombinirt und in dem ganzen Organ ſo verbreitet werden, daß eben ein Zuſtand des Ganzen als Facit daraus hervorgeht (Vorgang der Zerſtreuung). Ein zweiter Akt des Central-Organs iſt ſodann die motoriſche Anregung — für den Tonus, wie für die Muskelbewegung. Ihre Stärke und die Gewohnheit ihrer Richtung werden gleichfalls vom Zuſtande des Organs als Ganzem regulirt; Empfindungen und Vorſtellungen beſtimmen aber die Beſonderheit der Bewegung im konkreten Falle. Auch die Vorſtellungen haben ihre Quelle in centripetalen Eindrücken, und dieſe ſind es wieder, auch bei Bewegung in Folge von Vorſtellung, von denen in letzter Inſtanz die motoriſchen Antriebe abhängen." — Dem eben angeführten Proceſſe entſpricht nun nach der Anſicht des Verf. der gleiche, der im Gehirne vor ſich geht. Indem nämlich die centripetalen Eindrücke theils direkt (Sinnesorgane), theils indirekt (vom Rückenmarke aus) in das Gehirn zerſtreut werden, werden ſie dort, durch eine weitere Veränderung, zur Quelle der Vorſtellungen. Auch mit den Vorſtellungen geht nun im Gehirn derſelbe Proceß der Zerſtreuung vor, woraus ſich wieder ein mittlerer Zuſtand ſcheinbarer Ruhe bildet, von dem Intenſität oder Gewohnheit der Richtung der Aktionen abhängt, ein Tonus des Vorſtellungsorgans, aus welchem hervor oder durch welchen hindurch wieder eine der motoriſchen des Rückenmarks entſprechende Aktion hervorgeht. — Um zu dieſem Reſultate zu führen, baut der Verf. eine Stufenleiter von den bewußtloſen Bewegungen durch die halbbewußten hinauf bis zu den völlig bewußten. Er beginnt mit den Reflexbewegungen enthaupteter Thiere niedriger Ordnung und zeigt, daß bei

dieſen die normalen Bewegungen im unverletzten Zuſtande von den Reflerbewegungen weſentlich nicht verſchieden ſeien. Auch bei jenen nämlich könne kaum von Vorſtellungen und Wollen im eigentlichen Sinne die Rede ſeyn; ſie ſtehen unter dem einfach in der Organiſation ſelbſt liegenden Geſetze der Zweckmäßigkeit; die Sinneseindrücke ſeien es, welche hier, wahrſcheinlich noch in ihrer Qualität als Empfindungen und kaum zu Vorſtellungen verarbeitet, die Harmonie und das im einzelnen Falle Zweckmäßige der Bewegungen durch ſtete Berichtigung etwaigen Irrthums hervorbringen. Die Zweckmäßigkeit der nach der Enthauptung erfolgenden Reflerbewegungen ſei aus der Gewohnheit zu erklären. — Höhere Thiere zeigen nun keine ſolchen zweckmäßigen, aus der Gewohnheit zu erklärenden, Reflerbewegungen nach der Enthauptung mehr; bei ihnen werden die Bewegungen im normalen Zuſtand bereits nicht mehr von der unmittelbaren Empfindung, ſondern von der aus ihr hervorgegangenen Vorſtellung beſtimmt; die Wahl der Bewegungen und die Zweckmäßigkeit ihrer Ausführung falle bei ihnen bereits der Vorſtellung, dem was man den Willen des Thiers nenne, anheim. — Als weitere Stufe zwiſchen den eigentlich willkührlichen und den reinen Reflerbewegungen führt der Verf. diejenigen an, welche zwiſchen beiden in der Mitte ſtehen, welche wohl oft inſtinktmäßige genannt werden, aber nicht mit Recht ſofern Wiederholung und Gewohnheit bei ihnen eine weſentliche Rolle ſpielen. Von den reinen Reflerbewegungen unterſcheiden ſie ſich darin, daß ſie doch ſtets, gleichſam aus der Ferne, von den Vorſtellungen überwacht werden, und dieſe in jedem Augenblick fördernd oder hemmend auf die Bewegung einwirken können. Allein willkührlich ſind ſie auch nicht, ſofern die beſtim-

mende Vorſtellung jedenfalls nur eine ſehr dunkle, nicht in's Bewußtſein getretene heiſſen kann. — „Wie nämlich (damit macht nun der Verf. den Uebergang zu den willkührlichen Bewegungen) — wie das Rückenmark ſtets von einer unendlichen Menge centripetaler Eindrücke aus der Auſſenwelt und dem eigenen Körper geladen, gleichſam von ihnen angefüllt iſt, und doch nur ein ſehr kleiner Theil von ihnen als Empfindungen bewußt wird, ſo muß man ſich auch das Gehirn immer mit einer Menge ſeiner ſpecifiſchen Energie adäquater Erregungen (Vorſtellungen) geladen denken, deren unendliche Mehrzahl in dunkler Ruhe beharrt, während nur wenige intenſere an das Licht des Bewußtſeins herauftreten.“ Das Bewußtſein ſei nämlich nicht als etwas zu den Vorſtellungen Hinzutretendes zu betrachten, ſondern es beruhe eben auf der Intenſität, Stärke und Klarheit der einzelnen Vorſtellung, daß ſie ſich aus der ruhenden Maſſe bewußt hervorhebe. „Der Unterſchied zwiſchen unbewußter, halbbewußter, und bewußter Vorſtellung wäre demnach eigentlich ein bloß quantitativer; — aber er ſchlägt an einem gewiſſen Punkte in eine Qualitätsänderung um.“ Wie ſchon angeführt, ſo nimmt nun der Verf. auch bei den bewußten Vorſtellungen einen „Vorgang der Zerſtreuung“ an, dem durch keine Willensanſtrengung Einhalt gethan werden könne. Aus der ganzen Maſſe der zerſtreuten und unter ſich kombinirten Vorſtellungen bilde ſich dann im Gehirn ein Zuſtand ſcheinbarer Ruhe, der die Kraft und die Gewohnheit der Richtung der pſychiſchen Bewegung, der Beſtrebung, regulire (der Verf. bezeichnet dieſen pſychiſchen Tonus durch: Gemüth und Charakter). Wie der Vorgang der Zerſtreuung, ſo wiederholt ſich aber ferner auch der zweite, der Uebergang der Erregung in motoriſche

Anregung. „Wie ſich nun die bewußte Vorſtellung von der unbewußten und dunkeln nicht durch ein ſpecifiſch neu dazu Gekommenes unterſcheidet, ſondern das Bewußtſein eben auf der Intenſität der Vorſtellung beruht, ſo kann auch der Uebergang einer ſolchen Vorſtellung in eine Beſtrebung ſo intens werden, daß er ſelbſt in's Bewußtſein fällt, und man gibt dieſem Vorgange alsdann den Namen: Wollen." Wollen überhaupt, d. h. Uebergang bewußter Vorſtellungen in bewußte Beſtrebungen, kann nun auch den Thieren zugeſchrieben werden. Die Freiheit des Willens aber, welche wohl vom Wollen ſelbſt zu unterſcheiden iſt, iſt nichts, was dieſem irgendwo an ſich inhärirte; ſie iſt vielmehr nur die Möglichkeit, andere Vorſtellungen und Beſtrebungen auf die eben im Fluſſe befindliche einwirken zu laſſen, und jene andern Vorſtellungen innerhalb gewiſſer Grenzen ſpontan, aber auch nicht nach willkührlichen, ſondern genau beſtimmten Geſetzen hervorzurufen. Dieſe Freiheit des Willens iſt nun beim Menſchen, auch beim allerwildeſten, unendlich viel größer, als beim gebildetſten Thiere, aus dem einfachen Grunde, weil er unendlich viel reicher an Vorſtellungen, einer Menge ſolcher fähig iſt, welche das Thier gar nie haben kann. Je vielſeitiger und ausgebildeter die Vorſtellungen werden, je leichter ſie im konkreten Falle von der im Fluſſe befindlichen hervorgerufen werden, gleichſam ſich um dieſe gruppiren, deſto größer iſt die Wahl unter ihnen, deſto freier die Handlung, — Denken macht frei." Der Uebergang der bewußten Vorſtellungen in Beſtrebung aber beruht, wie der Verf. ſagt, ganz wie die Reflexaktion in Rückenmarke, auf organiſchem Zwang und Drange, nur in dieſem Uebergange erreichen wir das Ziel der Vorſtellung, die Verwirklichung unſres geiſtigen Ichs; überhaupt aber muß als

letzter, ja einziger Zweck der Organismen nur eben die Aeuſſerung der in der organiſirten Materie liegenden Kräfte, die allſeitige Darſtellung und Erfüllung ihrer Organiſation ſelbſt angeſehen werden.

Nachdem wir im Bisherigen den Gedankengang des Verf. möglichſt treu und größtentheils mit ſeinen eigenen Worten wiedergegeben haben, ſo glauben wir denſelben in dem Satze zuſammenfaſſen zu können, daß Intelligenz und Wille nur die intenſivſte Steigerung des organiſchen Proceſſes überhaupt, nur die höhere Form des auch in den Funktionen des Rückenmarks, Empfindung und Bewegung, ſich bethätigenden, immanenten Seelenlebens ſeien. Dabei ſcheint es, daß der Verf. Seele und Geiſt als identiſch nehme, wie er denn auch die ganze Abhandlung mit den Worten ſchließt: „wir erkennen, daß unſre pſychiſche Individualität, wie unſer ganzer übriger Organismus, langſam ſich entwickelt, und daß unſre Seele nicht ein urſprünglich fertiges Produkt der Natur, ſondern ein gewordenes ihrer eigenen Geſchichte iſt.“ — Da er nun auch kein Bedenken trägt, die Seele faſt geradezu mit der organiſirten Materie zu identificiren, ſo ſcheint hier freilich der Materialismus in beſter Form vorzuliegen. Gleichwohl kann man in ſeiner Darſtellung einige Momente nicht wohl überſehen haben, die ſich hiermit nicht zuſammen reimen laſſen und die, wenn ſie irgend konſequent durchgeführt werden, der ganzen Darſtellung ein andres Gepräge geben. Während nämlich allerdings das erklärte Beſtreben darin dahin geht, die pſychiſchen Proceſſe nur als quantitative Steigerungen der allgemeinen natürlichen organiſchen Funktionen erſcheinen zu laſſen, bringt der Verf. doch wiederholt und mit Nachdruck die Behauptung vor, daß der quantitative Progreß an einer gewiſſen Stelle in eine Qualitätsänderung umſchlage. Fer-

ner ſagt er ſchon von den zwiſchen den reinen Reflexaktionen und den willkührlichen Bewegungen in der Mitte liegenden inſtinktmäßigen oder halbwillkührlichen, halbunwillkührlichen Bewegungen, ihr Charakteriſtiſches ſei, daß durch Vorſtellung und daraus hervorgehende Strebung in jedem Augenblicke fördernd oder hemmend auf ſie eingewirkt werden könne. Noch unumwundener ſpricht er ferner bei den bewußten Vorſtellungen von einer ſtattfindenden Freiheit der Wahl, von wirklich ſpontanen Strebungen. Er ſagt, daß durch Denken der Menſch frei werde und andrerſeits das freie Wollen und Handeln, die Verwirklichung des geiſtigen Ichs, das Ziel des Denkens ſei, worin der Menſch ſeine Beſtimmung erreiche. — Die Frage wird nun eben ſeyn, ob die eben ausgehobenen Sätze mit der Grundanſicht des Aufſatzes zuſammenbeſtehen können, oder nicht? Und dieſe Frage wird ohne Zweifel verneinend beantwortet werden müſſen. — Was zuvörderſt das Umſchlagen des quantitativen Prozeſſes in eine Qualitätsänderung betrifft, worin allerdings das punctum saliens der ganzen Frage liegt, ſo iſt der Verf. jeden näheren Nachweis darüber ſchuldig geblieben, und man fragt ſich vergebens, was man ſich darunter zu denken habe, wie denn auch der Verf. ſelbſt doch immer wieder ſagt, „eigentlich" ſei der Unterſchied ein bloß quantitativer und beſtehe nur darin, daß der centripetale Eindruck zur Empfindung, dieſe zur unbewußten Vorſtellung, die unbewußte zur dunkeln und die dunkle zur bewußten Vorſtellung ſich ſteigere. In Wahrheit iſt ihm alſo das Denken nichts qualitativ Anderes, als die centripetalen Eindrücke auf das Rückenmark. Daraus folgt aber von ſelbſt, daß auch der Wille „eigentlich" nichts qualitativ Anderes ſeyn kann, als die kümmerlichſte Reflexbewegung. Wenn nun gleichwohl von Freiheit des

Willens die Rede iſt und in dieſer ohne Zweifel die Qualitätsänderung liegen ſoll, ſo fragt ſich nur, ob dieſer Begriff dem Verf. völlig klar geworden ſei? Zwar ſpricht er nun deutlich aus, daß die Freiheit des Willens in der freien Möglichkeit der Wahl beſtehe, d. h. daß der menſchliche Wille in keiner Weiſe genöthigt ſei, gerade dieſe oder jene beſtimmte Vorſtellung hervorzurufen und in Strebung übergehen zu laſſen. Allein dieſer Wahlfreiheit ſcheinen folgende Beſtimmungen entgegenzuſtehen: 1) indem der Verf. auch bei den Thieren einen Willen annimmt, ſofern er ſagt, daß die Freiheit des Willens nichts dieſem irgendwo an ſich Inhärirendes, daß ſie beim Menſchen nur viel größer, als beim Thiere ſei, ſo ſcheint der ganze Begriff der Qualitätsänderung wieder in Nichts zu verfließen; 2) die Freiheit ſoll zwar in Spontaneität beſtehen, aber die Wahl ſelbſt theils nur innerhalb gewiſſer Grenzen, theils nach genau beſtimmten Geſetzen ſtattfinden. Es erſchwert aber offenbar das Verſtändniß, daß der Verf. es nicht für gut gefunden hat, ſeine eben an den ſchwierigen Punkten eintretenden „eigentlich" und „gewiſſen Punkte" oder „gewiſſen Grenzen" u. ſ. f. etwas näher zu beſtimmen. Zwar, was den zweiten Punkt betrifft, muß dem Verf. allerdings Recht gegeben werden, wenn er nichts weiter ſagen wollte, als daß die Wahlfreiheit auf den konkreten Inhalt des Selbſtbewußtſeins überhaupt beſchränkt ſei. Aber ſeine Behauptung behält gleichwohl etwas Schiefes dadurch, daß er eben dieſen Inhalt des Selbſtbewußtſeins als ein Gegebenes annimmt und den Willen als ſchöpferiſches Princip dabei ausſchließt, ſo als wäre die größere Bildung, der größere Reichthum der Intelligenz nur Produkt des nothwendigen organiſchen Wachsthums und etwa auch der äuſſeren Verhältniße, kurz reine Wirkung des endlichen Kauſalitätsgeſetzes. Dies

hängt aber freilich auf's Genauſte mit der Behauptung ad 1) zuſammen, wornach die Steigerung des Willens an ſich zum freien Willen eben doch wieder nur als quantitativer Progreß dargeſtellt wird, innerhalb deſſen dann die angenommene Wahlfreiheit als eine wunderliche Zuthat erſcheint, die alles Nervs entbehrt und konſequenter Weiſe verworfen werden muß. Denn, ſoll es mit der Wahlfreiheit, mit der Willkühr in der Hervorrufung der Vorſtellungen und der daraus hervorgehenden Strebungen ernſtlich gemeint ſeyn, ſo muß es auch wirklich zu jener Qualitätsänderung kommen, von welcher der Verf. eine unausgeführte Andeutung giebt. Der freie Wille muß erkannt werden als etwas von dem Wollen der Thiere und dem unwillkührlichen oder halbwillkührlichen Wollen des Menſchen ſpecifiſch Verſchiedenes; oder, wie es deutlicher lautet, es muß zur Unterſcheidung von Trieb und Willen kommen, zur Unterſcheidung der vom natürlichen Seyn bedingten, aus der natürlichen Organiſation hervorgehenden Bewegungsimpulſe und derjenigen, durch welche jene (die Triebe) gefördert oder gehemmt werden können, und welche, eben weil ſie dieſe Fähigkeit haben ſollen, nothwendig auch ein andres Princip haben müſſen, als jene. Wird dies nicht anerkannt, ſo bleibt die Behauptung, daß eine Qualitätsänderung eintrete, und daß Freiheit des Willens ſtattfinde, nicht nur bloße Behauptung, ſondern ſogar eine Unmöglichkeit. Denn dieſe Freiheit, welche die Möglichkeit ſeyn ſoll, den natürlichen Fluß der Vorſtellungen zu unterbrechen, kann offenbar nicht daſſelbe Princip haben, wie dieſer natürliche Fluß ſelbſt. So gewiß ſie auch an dem Umfang des konkreten Selbſtbewußtſeins, der in einem beſtimmten Individuum ruhenden Maſſe von Vorſtellungen ihre Grenze hat, ſo gewiß ſie auch ſelbſt wieder beſtimmten Geſetzen unter-

worfen iſt, ſo muß ſie doch gegenüber allen durch die natürliche Nothwendigkeit bedingten Funktionen und Erſcheinungen ſich ſelbſt negativ verhalten, ſich von ihnen unterſchieden ſetzen und ihr Princip als eigenthümliches gegen ſie geltend machen. Denn, wenn es ſich umgekehrt verhielte, ſo wäre ſie eine leere Selbſttäuſchung, entſprungen aus der Nichtkenntniß der Geſetze der Ideenaſſociation. Daß aber der Verf. dies nicht annimmt, dafür liegt der Beweis darin, daß er ausdrücklich von dem „ſpontanen Hervorrufen" von der „Wahl" andrer Vorſtellungen ſpricht. Man muß alſo dafür halten, daß es hiermit wirklich Ernſt ſei. Allein dann folgt nothwendig, daß auch mit der Behauptung von der eintretenden Qualitätsänderung Ernſt gemacht werden muß. Fragen wir uns nun, was wohl den Verf. hiervon abgehalten habe, ſo kann der Grund wohl nur darin liegen, daß er um keinen Preis die Einheit des Organismus aufgeben und darum lieber die Seele für organiſirte Materie erklären will, ehe er zugäbe, daß Intelligenz und Wille auf einem weſentlich anderen Principe beruhen, als die Functionen des Rückenmarks. Gegen dieſen Grund haben wir auch nichts einzuwenden, da wir am wenigſten gemeint ſeyn können, die höchſte Beſtimmung des Menſchen in etwas Andrem, als darin zu ſuchen, daß er aus Freiheit die Beſtimmung ſeines eigenen, innerſten Weſens erfülle. Gleichwohl muß eben deswegen der bloß quantitative Progreß des Verf., ſein unmittelbarer Parallelismus zwiſchen den pſychiſchen Erſcheinungen und den Reflexerſcheinungen angefochten werden. Denn auf dieſem Wege iſt es ſchlechthin unmöglich, zu einer denkbaren Vorſtellung der Freiheit zu kommen. Wir werden alſo das Mißverſtändniß darin ſuchen müſſen, daß der Verf. gerade den Begriff umgeht, der allein es möglich macht,

einerſeits den Gegenſatz von Freiheit und Nothwendigkeit wirklich zu ſetzen, und andrerſeits doch gleichwohl die Einheit als weſentliche Beſtimmung am Organismus feſtzuhalten, — den des Geiſtes. Zwar ſcheint er denſelben nicht ganz zu ignoriren, vielmehr ihn mit dem Begriffe der Seele identiſch zu ſetzen, die er als das „Enſemble aller Aktionen der Nervencentra" beſtimmt. Auch hier können wir dem Verf. nicht ſchlechthin entgegentreten, ſofern wir allerdings den Begriff der Seele weſentlich nicht anders beſtimmen können, denn als die einfache, ſich auf ſich beziehende Totalität des leiblichen Organismus. Wenn er vom Standpunkte der Phyſiologie aus die Philoſophie darüber tadelt, daß ſie „unter Seele meiſtens nicht nur bloß Gehirnfunktionen, ſondern auch unter dieſen meiſt wieder nur die mit Bewußtſein verbundenen verſtehe," ſo finden wir zwar den Vorwurf an ſich nicht gegründet, müſſen ihm aber in der Sache Recht geben, wenn er den Begriff der Seele auf die angeführte Weiſe beſtimmt. Um ſo gewiſſer dagegen muß dem Verf. vorgeworfen werden, daß er die Seele mit dem Geiſte verwechſele und Folgerungen, die in Beziehung auf jene ganz richtig ſind, auf das Gebiet des Geiſtes übertrage, auf welchem ſie keinerlei Berechtigung haben. Man kann den ganzen Parallelismus zwiſchen den verſchiedenen Funktionen der Nervencentra zugeben und ſeine noch genauere Konſtatirung auf phyſiologiſchem Wege wünſchen. Gleichwohl muß man jetzt und immer der Phyſiologie als ſolcher die Berechtigung abſprechen, ihre Geſetze auf den Geiſt anzuwenden. Der Menſch iſt ein geiſt-leiblicher Organismus, und nur die leibliche Seite dieſes Organismus fällt in's phyſiologiſche Gebiet, weil nur dieſe der Naturnothwendigkeit angehört. Nicht als ob die geiſtige Seite nicht auch beſtimmten Geſetzen, hiermit einer Nothwendigkeit

unterworfen wäre, welche ihre Natur genannt werden kann. Allein dieſe Natur oder beſſer: dieſes Weſen des Geiſtes beſteht eben in ſeiner Negativität gegen die Natur im eigentlichen Sinne, in ſeiner Idealität und Freiheit von ihr. Dabei iſt aber von einem Dualismus keineswegs die Rede, da vielmehr die Natur als die Vorausſetzung zu erkennen iſt, welche der Geiſt ſich ſelber gemacht hat; damit er in ihr ſeine Wurzel habe. Das Kauſalitätsgeſetz, unter welchem der Organismus ſeiner leiblichen Seite nach ſteht, iſt mithin vom Geiſte ſelbſt geſetzt, nichts ihm Fremdes und Aeuſſerliches; aber es iſt von ihm nur geſetzt, damit er es bewältige und ſich daraus als freie Intelligenz an's Licht gebäre. Dieſe Qualitätsänderung tritt allerdings durch das Denken ein und Denken macht frei. Aber ebendeshalb kann Intelligenz und Wille nicht eine bloße quantitative Steigerung der Rückenmarksfunktionen, ſondern muß etwas qualitativ anderes ſeyn. Dies iſt nun die einfache Konſequenz der vom Verf. ſelbſt gegebenen Beſtimmungen. Denn einerſeits hat er die richtige Erkenntniß von der Seele, als der einfach ſich auf ſich beziehenden Allgemeinheit des natürlichen Organismus; er hat das richtige Bewußtſein, daß das Selbſtgefühl nur zu Stande kommt durch das, was er den Vorgang der Zerſtreuung der centripetalen Eindrücke nennt, und was er als eine Aufhebung der Beſonderheit der einzelnen Empfindungen in die Allgemeinheit eines Tonus des geſammten Organs ſchildert; es kann in ſeinem Parallelismus der Gehirnfunktionen mit denen des Rückenmarks, ſobald man nur von den gar nicht hierher gehörigen Ausdrücken: Vorſtellung, Bewußtſein, Wille ꝛc. ꝛc. abſieht, der richtige Parallelismus des Empfindens der leiblichen Unmittelbarkeit und des Empfindens des dem Ich als Bewußtſein und Geiſt ange-

gehörigen als eines zur natürlichen Leiblichkeit Beſtimmten gefunden werden; auch findet ſich der Uebergang des Selbſtgefühls in die Gewohnheit wenigſtens in einigen Momenten mit richtigem Takte angedeutet und überhaupt zu einer pſychiſchen Phyſiologie, wie ſie noch immer ſo ſehr vermißt wird, mancher intereſſante Beitrag gegeben. Andrerſeits iſt auch bei der völligen Verkennung der Differenz zwiſchen Seele und Geiſt, wie ſie dem Aufſatze zu Grund liegt, doch nicht zu überſehen, daß den Verf. das richtige Gefühl mehrmals anwandelt, insbeſondre, wenn er wiederholt von dem Eintreten einer Qualitätsänderung, von der Umwandlung, wodurch die Empfindungen zu Vorſtellungen umgearbeitet werden, vollends wenn er von Spontaneität, Wahl und Freiheit ſpricht. Allein eben dieſes richtige Gefühl hat ſich nicht zum klaren Bewußtſein und vermittelten Denken herauszuarbeiten gewußt, da ſonſt dem Verfaſſer die oben bezeichneten Widerſprüche nicht entgangen ſeyn könnten. Hat er allerdings die Seele als das einfache ideelle Leben des leiblichen Organismus richtig aufgefaßt, und läßt ſich das richtige Bewußtſein nicht verkennen, daß die Seele die Subſtanz, die abſolute Grundlage aller weiteren Beſtimmtheit des Geiſtes iſt, ſo daß er (Hegel Encyklop. §. 389) in ihr allen Stoff ſeiner Beſtimmung hat und ſie die durchdringende, identiſche Idealität derſelben bleibt, — ſo hat er doch nun weiter ganz überſehen, daß die Seele in dieſer abſtrakten Beſtimmung eben nur die Möglichkeit des geiſtigen Lebens, der Schlaf des Geiſtes, d. h. eine Beſtimmtheit iſt, gegen die der Geiſt, um wirklicher, wacher Geiſt zu werden, ſich negativ ſetzen, über die Seite der leiblichen Aeuſſerlichkeit an ihr hinausgehen, ſich in ſich ſelbſt reflektiren, d. h. die von dem Verfaſſer nur angedeutete Qualitätsänderung wirklich vollziehen

muß. Dies geſchieht nun allerdings vermittelſt des Aufgangs des Bewußtſeins und ſeiner Geſchichte, die, freilich nicht mit einem salto mortale, an ihrem Orte auch zur Geneſis der Intelligenz und des Willens führt.

Die pſychiſche Geſundheit, fährt nun der Verfaſſer fort, beruht auf dem harmoniſch gleichmäßigen Fortgange der erwähnten Vorſtellungs- und Strebungsaktionen, und Störungen dieſer konſtituiren den geiſtigen Schmerz, die pſychiſche Krankheit. Seine beſonderen Bemerkungen über die letztere leitet er mit einem Hinblicke auf Budges Hemmungstheorie ein, welche die willkührlichen Bewegungen durch Aufhebung einer dem kleinen Gehirne zukommenden Hemmungsthätigkeit entſtehen läßt. Ohne dieſe Theorie in toto zu adoptiren, macht der Verfaſſer darauf aufmerkſam, daß ſie mit Thatſachen, die eine feinere Selbſtbeobachtung lehre, auf merkwürdige Weiſe übereinſtimme. „Der Uebergang der mehr oder minder hell bewußten Strebung in Muskelbewegung geſchieht auf eine Weiſe, die weit weniger einer poſitiven Thätigkeit, als der Befreiung von einem Widerſtande, von einer Hemmung gleicht. Wenn wir z. B. gehen oder ſprechen wollen, ſo braucht es von dieſer Strebung aus nicht noch eines beſonderen Aktes, eines nochmaligen poſitiven Impulſes für den motoriſchen Nerven, ſondern die Vorſtellung Gehen oder Sprechen geht in Beſtrebung und dieſe in Bewegung über, ſobald ſie von nichts daran gehindert iſt.“ Hiemit iſt eine ſehr treffende Bemerkung gemacht, die auch ſo ausgedrückt werden kann: dem Geiſt ſteht ſeine leibliche Natur nicht als etwas gegen ihn Selbſtändiges entgegen, zu deſſen Leitung es eines beſondern Apparates bedürfte, ſondern als Wille iſt er die Macht über dieſelbe, gegen welche ſie keinen Widerſtand leiſten kann, weil der Geiſt ihr eigenſtes Inneres iſt, das, ſobald

es für ſich geworden iſt, ihre eigene Kauſalität, aber nun nicht mehr als gebunden, ſondern als freie ausmacht. Gegen dieſe abſolute Macht des Willens iſt es aber kein gegründeter Einwurf, wenn etwa auf den Zuſtand der Schläfrigkeit hingewieſen wird, als in welchem nun im Gegentheile die Bewegungen weniger frei ſeien, ſelbſt das gewohnte Spiel der Muskeln gehemmt erſcheine, die Ausführung der Bewegungen nicht mehr das Gefühl leichter Spontaneität, ſondern eines mühſamen Geſchäfts gebe. Denn allerdings fällt alle ſelbſtbewußte und vernünftige Thätigkeit des Geiſtes nur in das Wachſein; der Schlaf aber iſt (Hegel Encykl. §. 398) Bekräftigung dieſer Thätigkeit nicht bloß als negative Ruhe von derſelben, ſondern als Rückkehr aus der Welt der Beſtimmtheiten in das allgemeine Weſen der Subjektivität, welches die Subſtanz jener Beſtimmtheiten und deren abſolute Macht iſt. Eben deshalb iſt es aber unrichtig, wenn geſagt wird, im Uebergange zum Schlafe ſeien Vorſtellung und Strebung vorhanden, finden ſich jedoch gehemmt; denn es wird der weſentliche Unterſchied von Vorſtellungen, wie ſie dem Zuſtande der Schläfrigkeit zukommen, und der Vorſtellungswelt des wachen, verſtändigen Bewußtſeins dabei überſehen, in welcher allein Wille und Freiheit vorkommen können.

Der Verfaſſer dehnt nun aber das Phänomen der Hemmung auch auf das pſychiſche Gebiet aus. „Die Reflexbewegungen des Rückenmarks ſind nach Entfernung des Gehirns ſtärker und freier; ſie wurden, mag der Grund hievon liegen, in was er will, vom Gehirne, ſo lange es da war, gehemmt; der Uebergang der bewußten Empfindung in Bewegung (eine weitere Stufe der Reflexe) wird gehemmt von den Vorſtellungen aus (vom Willen); der Uebergang der Vorſtellungen in Beſtrebungen wird

wieder gehemmt — wodurch? — offenbar nur durch andere Vorſtellungen. Das gemeinſchaftliche Wirken aller übrigen Vorſtellungen auf die eben im Fluſſe befindliche konſtituirt eine pſychiſche Hemmung, die man Beſonnenheit nennen kann. Es giebt nun eine ganze Klaſſe von Zuſtänden des Rückenmarks und des Gehirns, in welchen dieſes Verhältniß des Hemmenden zum Beweglichen geſtört iſt. Iſt die Störung auffallend, ſo nennt man dieſe Zuſtände Krankheiten, am Gehirn pſychiſche Krankheiten (Seelenſtörungen), deren Hauptcharakter eben in Abnormität oder gänzlichem Verluſte der Beſonnenheit und eben damit der geiſtigen Freiheit beſteht." — Hier wird nun offenbar, auf welchen ſchwachen Füßen der Freiheitsbegriff des Verfaſſers ſteht. Er identificirt die Freiheit mit der Beſonnenheit, und dieſe beſtimmt er in negativer Weiſe als hemmende Thätigkeit gegenüber der poſitiven Macht der beweglichen Vorſtellungen. Der Uebergang der Vorſtellung in Strebung und Bewegung iſt ihm ein durch organiſche Nothwendigkeit gebotenes Explodiren, wozu es des Willens nicht bedarf. Dieſer beſteht für ihn nur in dem Bewußtwerden dieſes Explodirens. Nur negativ wird er zu einer Realität, als die Möglichkeit, durch das Hervorrufen andrer Vorſtellungen die Exploſion der eben im Fluſſe befindlichen zu hindern. Gleichwohl wird aber auch dieſe kümmerliche Realität wieder eingeſchränkt durch die Behauptung, daß die Beſonnenheit nur eben in dem gemeinſchaftlichen Wirken aller übrigen Vorſtellungen auf die eben im Fluſſe befindliche beſtehe. Denn hiemit wird die kaum vorher der Willkühr und Wahl zugeſchriebene hemmende Thätigkeit vielmehr wieder zu einer unwillkührlichen, auf organiſcher Nothwendigkeit beruhenden herabgeſetzt, ſofern ja das Geſetz für die Zerſtreuung und Kombination der Vorſtellungen dem Willen ganz entzogen

ſeyn und der pſychiſche Tonus, welcher die Kraft und die Gewohnheit der Richtung der Beſtrebungen regulire, nur eben aus der Maſſe der ſolchergeſtalt willenlos zerſtreuten und kombinirten Vorſtellungen hervorgehen ſoll. Wäre dem wirklich ſo, wie könnte dann die Vorſtellung der Freiheit irgend etwas andres, als die kläglichſte Selbſttäuſchung ſeyn? Wenn nun aber gleichwohl der Verf. dies nicht Wort haben will, ſo zeugt dies nur wieder dafür, daß er den unmöglicheu Verſuch unternimmt, unvereinbare Dinge zuſammenzudenken. — Zwar, daß die pſychiſche Geſundheit in dem Zuſtand der Beſonnenheit, die pſychiſche Krankheit in deren theilweiſem oder gänzlichem Verluſt beſtehe, muß zugegeben werden. Auch damit kann man übereinſtimmen, wenn der Zuſtand der Beſonnenheit als derjenige beſtimmt wird, in welchem alle Vorſtellungen und Begierden ſich in harmoniſchem Gleichgewicht befinden, ſo daß keine einzelne Beſtimmtheit ſich für ſich emancipiren kann. Man kann auch die Vergleichung dieſes pſychiſchen Zuſtands mit dem geſunden Tonus des leiblichen Organismus angemeſſen finden. Aber ihn ſelbſt als einen durch die Geſetze des natürlichen Organismus bedingten, durch natürliche, vom Willen unabhängige Vorgänge entſtehenden denken — das kann man nicht. So gewiß der Geiſt und ſein Leib nicht als Glieder eines dualiſtiſchen Verhältniſſes angeſehen werden dürfen, jener vielmehr als Entelechie des letztern betrachtet werden muß, eben ſo gewiß darf auch dieſe Einheit beider nicht ſo verſtanden werden, als ob ſie eine unmittelbare und als ob namentlich Intelligenz und Wille als ein Naturproceß aufzufaſſen wäre. Die Natur des Bewußtſeins iſt es, über welche der Verf. viel zu oberflächlich hinweggeht, wenn er von der bewußtloſen Empfindung bis zur bewußten Vorſtellung und zum Denken nur einen quantitativen Fortſchritt ſieht. Denn

eben im Erwachen des Bewußtſeins in der Seele geht die große Unterſcheidung des Geiſtes von ſeiner Natur, ſein ideales Selbſtändigwerden vor ſich, vermöge deſſen er ſelbſt das Princip aller Vorgänge ſeiner ſubjektiven Welt wird und alle Funktionen ſeiner leiblichen Seite nur in ſeinen Dienſt nimmt. Mit dem Eintritt in die Region des Bewußtſeins hat es daher überhaupt mit allem unmittelbaren Parallelismus zwiſchen natürlichen und geiſtigen Phänomenen ein Ende. Hier kann von keinen Zuſtänden mehr die Rede ſeyn, worin ſich der Geiſt ohne ſein Zuthun befände, von keinen Vorgängen, die unabhängig von ihm in ihm ſich verliefen, mithin von keiner willenloſen Zerſtreuung und Kombination der Vorſtellungen, die nur durch ihr mechaniſches Gleichgewicht das Losplatzen jeder einzelnen in eine Strebung verhinderten, von keinem Zuſtande der Beſonnenheit, der nur eben durch dieſes Gleichgewicht hervorgebracht würde. Vielmehr wenn, wie der Verfaſſer ſelbſt fordert, überhaupt Freiheit ſeyn und dieſe auch nur in der Möglichkeit beſtehen ſoll, gegen die im Fluſſe befindliche Vorſtellung andere hervorzurufen, ſo muß jener Zuſtand der Beſonnenheit gerade nur ihr Werk ſeyn. Aber nicht bloß negativ, als hemmende Thätigkeit gegenüber der vermeintlich poſitiven, unabhängigen Macht der Vorſtellungen darf ſie aufgefaßt werden, ſondern vielmehr ſie iſt das Poſitive, die herrſchende Macht des Bewußtſeins, welche ebenſowohl die Seite der Intelligenz, als die Seite des Willens zu Sphären ihrer Thätigkeit hat. Es iſt allerdings auch eine unwillkührliche Thätigkeit des Vorſtellens anzunehmen, wobei das Objekt nicht ausdrücklich vom Ich als Gegenſtand des Vorſtellens geſetzt und die Bewegung des Gedankens nur an ſich eine freie iſt, weil es gar nicht zu der konkreten Form des Selbſtbewußtſeins kommt. Allein hierüber bemerkt Vatke

(ſ. o.) mit Recht, daß es keinen Beweis gegen die an und für ſich ſeiende Einheit der theoretiſchen und praktiſchen Seite der Intelligenz abgeben könne, vielmehr aus dem immanenten Verhältniß der Momente der Intelligenz zu einander ſich erkläre, ſofern jenes Vorſtellen entweder nur der endlichen Seite der Intelligenz angehöre und ſeine Momente daher in der Geſammtbewegung des Geiſtes auſſer der lebendigen Einheit mit dem in ſich allgemeinen Ich ſtehen, oder aber die Bewegung des Denkens nur inſofern unwillkührlich heiße, als ſie aus einer Gewohnheit hervorgehe; daß aber das Subjekt ſeiner freien Thätigkeit in dieſem ſtetigen Gange ſogleich inne werde, wenn derſelbe irgendwie unterbrochen werde, wo denn das ſcheinbar Unwillkührliche ſich als die Kontinuität der Freiheit ſelbſt ergebe. Da nun der Verf. bei Gelegenheit der halbbewußten Vorſtellungen und Strebungen im Weſentlichen daſſelbe ſagt, ſo iſt es um ſo mehr zu bedauern, daß er den Begriff der Freiheit gerade beim Eintritt in die Region des vollen Bewußtſeins nicht feſtzuhalten gewußt hat. Indem er nun aber den Willen wenigſtens als die hemmende Thätigkeit, als Präſervativ gegen das unbeſonnene Ueberſchnappen einzelner Vorſtellungen in Strebungen angeſehen wiſſen will (was, wie geſagt, nicht einmal konſequent iſt), ſo ergreift er damit wenigſtens eine Seite des richtigen Verhältniſſes; er macht den Willen, wenn nicht zum konſtitutiven, doch zum regulativen Princip des geiſtigen Lebens. Eben damit aber bahnt er ſich den Weg zur weſentlich richtigen Beſtimmung der Seelenkrankheiten.

Er unterſcheidet zwei primäre Formen des Wahnſinns, Schwermuth und Tollheit, und ſekundäre, worunter er den Blödſinn ſtellt. Das Weſen der erſteren findet er darin, daß das Gemüth leide, d. h. daß eine Abweichung

vom pſychiſchen Tonus, vom Zuſtand der Beſonnenheit ſtattfinde, daß Abnormität in der Zerſtreuung der Vorſtellungen und deren Uebergang in Strebungen eintrete; und zwar ſeien bei der Schwermuth dieſe Vorgänge übermäßig gehemmt, bei der Tollheit dagegen übermäßig erleichtert. „Die primäre Veränderung bei der Schwermuth trifft vor Allem den Uebergang der Vorſtellungen in Strebung; die Hemmung dieſes Uebergangs wird als tiefe Störung des innerſten Selbſt, wie ſie dies auch wirklich iſt, empfunden, und die Kranken zeigen ſehr oft, wie gut ſie den angegriffenen Punkt kennen, indem ſie ſich über abſolute Willenloſigkeit beklagen. — Bei der Tollheit zeigt ſich umgekehrt eine weſentlich erhöhte Zerſtreuung der Vorſtellungen und ein oft bis zum Maßloſen erleichterter Uebergang derſelben in Strebungen. Die Vorſtellungen ziehen in ſchnellem Fluſſe unhaltbar vorüber, jede regt wieder andere an, Altes und Neues, längſt eingeſchlafene Erinnerungen und reiche Bilder der Zukunft kommen herauf und fliehen vorbei. Aber jede dieſer Vorſtellungen weckt auch immer neue Strebungen, welche meiſt eben ſo raſch das Bewußtſein paſſiren, von denen ſich aber doch mitunter einzelne fixiren. Das Individuum fühlt ſich geiſtig reicher und freier, von Muth und rückſichtsloſer Energie erfüllt. Die erregten Strebungen äuſſern ſich häufig auch in vermehrten Muskelaktionen, der Kranke ſpricht viel und ſchnell, deklamirt, ſingt, ſchreit, läuft haſtig umher und begeht allerlei auffallende Handlungen; dabei iſt meiſt die Eßluſt und der Geſchlechtstrieb erhöht ꝛc. ꝛc." Dabei wird bemerkt, daß es bei beiden Krankheitsformen nicht lang daure, bis die urſprüngliche Affektion ſekundäre, dem Hemmungs- oder Steigerungszuſtande entſprechende, dauernde Veränderungen in den Vorſtellungen, hier Gedanken an verlorne Seligkeit, Höllenqual, Verwandlung

in ein häßliches Thier ꝛc., dort Gedanken an Millionen, Diamanten, Ehren und Eroberungen, erzeuge. Der Verf. giebt zwar zu, daß das Gehirn nicht bloß primär, ſondern auch durch ſympathiſche Reizung von andern Organen (namentlich von den Genitalien) aus erkranken könne, ferner daß auch bei primärer Erkrankung des Gehirns Hyperämie häufig die Rolle einer entfernteren organiſchen Urſache zu ſpielen ſcheine. Dagegen erklärt er ſich ausdrücklich gegen die ſomatiſche Theorie. „Wir vermögen nicht nur im Wahnſinn ſelbſt weder ein Leiden der Bauchganglien, noch des Herzens, der Pfortader oder des Darmkanals zu erkennen, ſehen vielmehr die krankhaften Zuſtände andrer Organe nur als entferntere Urſachen, häufig als Folgen der Gehirnaffektion oder als bloße Komplikationen an, ſondern wir glauben auch der Seele ſelbſt kein Unrecht zu thun und nichts ihrer Unwürdiges zu behaupten, wenn wir gerade ſie in ihrem Innerſten im Wahnſinn für erkrankt halten.“

Wie überhaupt, ſo iſt auch hier das Beſtreben des Verf. anzuerkennen, allen Dualismus zu verbannen, und man kann es ſich um dieſen Preis gefallen laſſen, wenn er ſogar noch materialiſtiſcher auftritt, als die hergebrachte ſomatiſche Theorie. Dieſe nämlich, ſofern ſie die Erkrankung niederer Organe als die Urſache der Seelenſtörungen angibt, erklärt entweder den Geiſt für eine weſentlich andere Subſtanz, als die Materie, indem ſie ſich vorſtellt, daß jener das Ding an ſich ſei, von dem wir überhaupt nichts wiſſen können, oder ſie läugnet ſeine Exiſtenz geradezu, was auf daſſelbe hinauskommt, da das bloße Abſtrahiren von einer Sache eben ihre Anerkennung involvirt. Jedenfalls bleibt es unbegreiflich, wie durch ein Leiden der Bauchganglien, der Pfortader ꝛc. zugleich das Leben einer weſentlich anderen Subſtanz erkranken ſoll,

ſei nun dieſe ausdrücklich oder nur ſtillſchweigend anerkannt. Gegenüber ſolcher Unzulänglichkeit iſt es immer ſchon von Werth, wenn die Doppelheit der Subſtanzen nur überhaupt geläugnet wird, ſei es auch auf die Weiſe, daß der Geiſt es ſich gefallen laſſen muß, unter der Firma der Seele ſich für organiſirte Materie ausgegeben zu ſehen. Dieſen Fortſchritt macht der Verf., indem er das Gehirn unmittelbar als Organ von Intelligenz und Willen bezeichnet und folgeweiſe die Störung der Intelligenz und des Willens in einer Krankheit eben dieſes Organs ſelbſt begründet findet. Ohne Zweifel iſt es auch eine viel richtigere Auffaſſung des Weſens der Seelenſtörungen, als bei der ſomatiſchen Theorie, wenn dieſelben nicht als eine bloße Negation der geiſtigen Thätigkeit, ſondern als eine poſitive Alteration derſelben in ihrem innerſten Kerne angeſehen werden, was eben wieder nur dann möglich iſt, wenn die Einheit des Organismus feſtgehalten wird. Daß nun aber gleichwohl, und worin dieſe Darſtellung ſich irrt, das liegt im bisher Ausgeführten. Darin nämlich, daß der Verf. die Einheit der geiſtigen und leiblichen Seite des Organismus, die nur als vermittelte zu faſſen iſt, als unmittelbare nimmt, daß die dialektiſche Peripetie, die im Bewußtſein liegt, für ihn nicht vorhanden oder, wenn auch angedeutet, doch nicht ausgeführt iſt. Ihm bleibt der Geiſt überall nur die an ſich ſeiende Entelechie des Leibes, deren Fürſichwerden er nicht begreift, daher er denn die Thätigkeit, die erſt der Geiſtgewordenen Seele zukommt, nur dieſer zuſchreibt, ſie damit zu einer mehr oder weniger nothwendigen organiſchen Funktion macht und unmittelbar in's Gehirn verlegt. Sieht man aber von dieſem Mißverſtändniſſe ab, ſo kann man die Anſicht des Verf. über die Seelenſtörungen nur willkommen heißen. Denn das Weſen derſelben liegt allerdings in der Unmit-

telbarkeit des Selbſtgefühls, in dem das Moment der Geiſtigkeit und das der Leiblichkeit ungeſchieden in einander ſind, und das ſelbſt ein beſonderes iſt. Gerade weil der Geiſt ſeine Subſtanz in der Seele als der ſubjektiven Einheit ſeines leiblichen Organismus hat, kann auch ſeine Thätigkeit als Geiſt geſtört werden. Eine derartige Störung muß aber als eine ſolche nachgewieſen werden, und es genügt dazu keineswegs der Nachweis von krankhaften Zuſtänden körperlicher Organe. Um mit dem Verf. zu reden, es muß die Krankheit in dem Vorſtellungs- und Strebungs-Organ ſelbſt (welches freilich nicht das Gehirn unmittelbar ſeyn kann) aufgezeigt und alle andern Urſachen dürfen nur als entferntere oder bloß ſcheinbare betrachtet werden. Wenn er nun näher das Weſen der pſychiſchen Krankheit einerſeits in einer Hemmung, andererſeits in einer maßloſen Steigerung der pſychiſchen Thätigkeit findet, ſo läßt ſich auch dies im Weſentlichen richtig finden, da es nach des Verf. eigenem Ausdruck auf den Verluſt der Beſonnenheit oder der Freiheit hinausläuft. Der Unterſchied iſt nur, daß wir dieſe Beſonnenheit für das Produkt des Ichs und wirklicher Freiheit halten, der Verf. aber unter Freiheit eigentlich ihr Gegentheil verſteht und in dem gedachten Zuſtand wenigſtens relativ ein Produkt organiſcher Nothwendigkeit ſieht. Hievon abgeſehen, iſt ohne Zweifel das Weſen der Seelenſtörungen eben der Verluſt des Maßes; es beſteht darin, daß das Subjekt in einer Beſonderheit ſeines Selbſtgefühls gefangen bleibt, die es nicht zur Idealität zu verarbeiten und zu überwinden vermag, (Hegel Encyklop. §. 408). Dieſe nicht flüſſige, der ſyſtematiſirten Totalität des Bewußtſeins nicht untergeordnete Beſonderheit kann nun allerdings in der doppelten Art ſtörend wirken, daß entweder vorzugsweiſe der Wille gelähmt

oder vorzugsweiſe die theoretiſche Thätigkeit über alles Maß geſteigert wird. In beiden Formen liegt als das Gemeinſame der Widerſpruch zwiſchen der Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins und ſeiner Beſonderheit, und ſie unterſcheiden ſich darin, daß das eine Mal die Allgemeinheit durch die Beſonderheiten (Tollheit), das andremal die Beſonderheit durch die Allgemeinheit (Schwermuth) abſorbirt wird. Sofern der Verf. Seele und Geiſt identificirt, ſpricht er allerdings mit Unrecht von einer Seelenkrankheit. Er verbeſſert den Fehler aber ſelbſt wieder, indem er das Weſen dieſer Krankheit in dem Verluſte der Beſonnenheit und geiſtigen Freiheit findet. Denn allerdings liegt es darin, daß der freie Geiſt in die Beſtimmtheit der Seele, des ſubſtantiellen Anſichſeins, ſeines Schlaf- und Traumzuſtandes zurückſinkt. Der Geiſt, als frei, iſt für ſich ſolcher Krankheit nicht fähig; ſie iſt eine Krankheit des Pſychiſchen, ungetrennt des Leiblichen und Geiſtigen, wobei der Anfang mehr von der einen oder von der andern Seite auszugehen ſcheinen kann. (Hegel a. a. O.). — Eben dies liegt nun auch in der Darſtellung des Verf., wornach das Vorſtellungs- und Strebungsorgan entweder primär oder durch ſympathiſche Reizung von andern Organen aus erkranken kann, in welchem Falle ſich, wie er bemerkt, die merkwürdige Erſcheinung zeigt, daß bald dem Hemmungszuſtande der Beſtrebungen entſprechende neue Vorſtellungen trauriger Art, meiſt von bizarrem Gepräge, wie die des Traums, entſtehen. Dieſe Bemerkung gilt uns nur als eine allgemeinere, nämlich auch für den Fall, wo das Gehirn primär erkrankt iſt. Denn ſo unbedenklich man mit Erdmann [1]) behaupten kann, daß das Gehirn in man-

---

1) Vergl. J. Müller Phyſiologie des Menſchen. II. S. 507.

cher Beziehung der Seele weſentlicher ſei, als ein andres Organ, daher man es denn auch eben in ſolchen Beziehungen als das eigentliche Organ der Seele bezeichnen mag, ſo darf doch in keinem Fall das Gehirn als unmittelbares Organ für Intelligenz und Willen, und es muß die Seele überhaupt als die einfache, im ganzen Organismus allgegenwärtige Allgemeinheit gefaßt werden, — eine Vorſtellung, die auch dem Verf. nicht fremd iſt. Endlich nennt auch der Verf. den Wahnſinn nur eine vorzüglich auffallende und länger andauernde Alienation der Vorſtellungen und Strebungen, ſetzt alſo die Möglichkeit ſeiner Heilung voraus, die darin beſtehen muß, daß der mittlere pſychiſche Tonus, der Zuſtand der Beſonnenheit, und eben damit die geiſtige Freiheit wiederhergeſtellt wird. Er erkennt hiemit den Satz an, daß der Wahnſinn nicht abſtrakter Verluſt der Vernunft, ſondern nur Widerſpruch in der noch vorhandenen Vernunft iſt. Eben damit ſtimmt er aber den oben ausgeführten Grundſätzen über die Imputation bei, ſofern dort geſagt iſt, 1) daß nur durch eine in der Seele wirklich wahrnehmbare permanente (länger andauernde) Störung die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, daß aber zu dieſem Behufe auch der wirkliche Nachweis einer Krankheit der Seele ſelbſt erforderlich ſei, mithin die Angabe bloß ſomatiſcher Urſachen als Gründe für den Verluſt der Freiheit niemals genüge, 2) daß auch bei den permanenten Seelenſtörungen nicht von einem ſchlechthinigen Verluſt der Freiheit geſprochen werden kann, vielmehr dieſelbe ſtets noch als der Potenz nach vorhanden angenommen werden muß, daher die Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit immer nur für eine einſtweilige gelten kann. — Auf die Frage, ob es einen partiellen Wahnſinn und ob es im totalen Wahnſinn lichte Zwiſchenräume gebe, läßt ſich

der Verſ. nicht ein [1]). Dieſe Frage iſt jedoch für das Strafrecht von untergeordneter Bedeutung. Denn, wenn man auch die Anſicht, daß der Wahnſinn nur Widerſpruch in der vorhandenen Vernunft ſei, ſtreng feſthält und hiernach zwar alle mit den fixen Ideen in Zuſammenhang ſtehenden Handlungen für unzurechenbar erklärt, dabei aber auſſer dieſem Kreiſe die Möglichkeit einer Zurechnungsfähigkeit auch bei Wahnſinnigen nicht abſtrakt verwerfen kann, ſo kann doch eine ſolche Zurechnungsfähigkeit für keine kriminaliſtiſche gelten, da die fraglichen Handlungen, wenn ſie auch als freie gelten müſſen, doch Handlungen eines Seelenkranken bleiben, der zwar Schuld, aber nie ſtrafbare Schuld auf ſich laden kann. Berner a. a. O. S. 161. 173. [2]).

§. 91.

Der Unterſchied der Freiwilligkeit von der Unfreiwilligkeit iſt kein feſter, da er die noch unvermittelte Einheit der Subjektivität und Objektivität zum Gegenſtand hat, und die Handlung dabei nur in ihren Elementen aufgefaßt wird. Es iſt damit nur erkannt, daß a) die Vermittlung des Willensmoments mit dem Thatmomente die Handlung zu einer freiwilligen, d. h. überhaupt zu einer wahren Handlung, dagegen b) das Aufgehobenſeyn jener Vermittlung die Handlung zu einer unfreiwilligen macht, d. h. den Begriff der Handlung ſelbſt aufhebt. Hiebei ſtehen ſich die Elemente der Handlung, die Subjektivität und die Objektivität derſelben, noch als fremd und gleichgiltig gegenüber, als Dinge, die entweder beiſammen, oder auch von einander getrennt ſeyn können. Indem es aber eben als Begriff der Handlung erkannt wird, aus ſo disparaten Elementen zu beſtehen, ſo erſcheint die Freiwilligkeit nur

---

1) Vergl. jedoch denſelben a. a. O. Bd. III. S. 69 ff.

2) Friedreich im N. Arch. XIV. S. 258—272.

als Möglichkeit, von der auch ihr Gegentheil ſtattfinden kann; ja bei der urſprünglichen Fremdheit beider Elemente gegen einander iſt klar, daß in der Freiwilligkeit ſelbſt, als der noch unvermittelten Einheit derſelben, das Princip der Unfreiwilligkeit liegt. Die Handlung iſt daher ihrer Natur nach ebenſowohl unfreiwillig, als freiwillig, — ſie iſt eine Miſchung beider Principien.

Anm. — Wenn Michelet Moral S. 34—39 eine beſondere Klaſſe gemiſchter Handlungen heraushebt, ſo erſcheint dies nur als eine ſinnreiche Spielerei, zu welcher keine innere Nothwendigkeit vorliegt. Auch iſt in der That die Parallele der erzwungenen, der durch innerlichen Reiz determinirten und der affektvollen Handlungen mit den unfreiwilligen Handlungen durch Gewalt, Irrthum und durch Naturgewalt vermittelten Irrthum eine ziemlich gezwungene. Ueberdies aber ſind die einzelnen Momente gar nicht glücklich gewählt. Denn in der ganzen Sphäre der Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit handelt es ſich nur um das Verhältniß der Subjektivität der Handlung zu ihrer Objektivität überhaupt, keineswegs aber um die verſchiedenen Modifikationen, die an dem einen oder dem andern Momente für ſich eintreten können; und offenbar ſind doch Zwang und andre innere Beſtimmungsgründe eben nur ſolche, die bloß die ſubjektive Seite der Handlung für ſich, nicht aber deren Verhältniß zur äuſſeren Objektivität angehen. Nur vom Affekt kann zugegeben werden, daß er eine eigenthümliche Schuldſtufe begründe; aber in dieſer Beziehung gehört er erſt in die Lehre vom dolus. Die Sache ſelbſt aber iſt allerdings vollkommen richtig, daß im Begriff der Handlung überhaupt, als einer Einheit disparater Elemente, beide Principien, das des Freiwilligen und das des Unfreiwilligen liegen. Darin beruht nicht allein der

Grund, warum in den oben angeführten Fällen der Begriff der Handlung ſchon formell als aufgehoben, mithin die That als unzurechenbar betrachtet werden muß, ſondern es liegt darin auch die Forderung der Behutſamkeit, theils für den handelnden Menſchen, theils für den eine zum Unglück ausgeſchlagene Handlung beurtheilenden Richter.

§. 92.

In dem Begriffe der Handlung als einer gemiſchten liegt das wechſelſeitige Uebergehen ihrer beiden Momente in einander, ſo daß an jedem derſelben zugleich das andere als mitgeſetzt erſcheint. Denn, wie in der Freiwilligkeit die urſprüngliche Verſchiedenheit des ſubjektiven und des objektiven Moments nicht aufgehoben, ſondern nur gebunden erſcheint, ſo liegt in der Unfreiwilligkeit immer noch die Möglichkeit der Einheit beider Momente. Der Grund davon liegt in der Unmittelbarkeit dieſes Gegenſatzes. Denn eben, weil die Einheit in der Freiwilligkeit eine nur äuſſerlich aufgefaßte, der Unterſchied in der Unfreiwilligkeit kein innerlich vermittelter iſt, ſo fallen beide als Seiten Eines Ganzen zuſammen und drücken nur die verſchiedene Miſchung der Elemente der Handlung aus, deren Begriff als einer unmittelbaren Totalität das eine Mal einfach geſetzt, das andre Mal einfach negirt wird. Dadurch ſcheint nun das Weſen der Zurechnung ſelbſt in die Unbeſtimmtheit zu gerathen. Allein dieſer Schein vermittelt nur den Uebergang zu einem weitern Stadium des Begriffs der Handlung. Indem nämlich jene Unbeſtimmtheit ihren Grund in der Unmittelbarkeit hat, worin die Handlung bisher als exiſtirende Einheit oder Aufgehobenſein ihrer Elemente betrachtet wurde, ſo muß der Fortgang in der Auflöſung eben dieſer Unmittelbarkeit, mithin darin beſtehen, daß jedes der beiden Elemente ſich für ſich als ſelbſtändige Totalität geltend macht, welche, mit dem Bewußtſein ihres

Unterſchieds von dem entgegengeſetzten Elemente, dieſes als Moment an ſich ſelbſt ſetzt.

Anm. — Dieſer Uebergang iſt von Michelet ſehr richtig vollzogen, wenn gleich ihm weiterhin in der Entwicklung der beiden Seiten der Handlung nicht beigeſtimmt werden kann. Warum Berner jenen Uebergang vernachläßigt und einen andern Weg eingeſchlagen hat, dafür läßt ſich kein zureichender Grund einſehen. Der Salto mortale auf den Begriff des dolus und der vollendeten Handlung kann nicht als Ausdruck der von ihm ganz mit Recht geforderten Selbſtbewegung des Begriffs gehalten werden.

B. Die beiden Seiten der Handlung, als Totalitäten für ſich.

1. Die Subjektivität.

§. 93.

Die Subjektivität der Handlung, in ſich reflektirt gegen ihre objektive Seite, ergibt zunächſt a) das Wiſſen um den abſtrakten Gegenſatz zwiſchen beiden Seiten, der ſeine Erſcheinung an dem Gegenſatz zwiſchen dem Vorſätzlichen und Zufälligen hat; allein dieſer abſtrakte Gegenſatz hebt ſich b) auf in den Begriff des Verſehens, welches den Willen auch für das nicht Gewollte verantwortlich macht, ſofern er wenigſtens die reale Möglichkeit deſſelben gewollt hat. Indem aber hiermit die Subjektivität die Unwahrheit ihrer Abſtraktion von der Objektivität der Handlung erfährt, geht ſie c) im Begriff der Abſicht mit ihr zur vermittelten Einheit zuſammen.

a) Vorſatz und Zufall.

§. 94.

Der Unterſchied von Vorſatz und Zufall iſt nichts als der in das Subjekt reflektirte Unterſchied von Freiwillig-

keit und Unfreiwilligkeit. D. h. Indem das Subjekt ſich ſei-ner ſelbſt, als des Handelnden, bewußt wird und hiemit ſich als Subjekt gegen die objektive Auſſenwelt in formeller Dif-ferenz weiß, ſo kann es die Einheit, welche die Freiwilligkeit, und deren Gegentheil, welches die Unfreiwilligkeit ausmacht, nur als eine durch ſich (das Subjekt) ſelbſt vermittelte be-trachten. Indem es aber dieſe ſubjektive Vermittlung ſetzt, ſo wird ihm das Freiwillige zum Vorſätzlichen, das Unfreiwillige zum Nichtvorſätzlichen oder Zufälligen. Denn Vorſatz iſt das Gewollte, ſofern der Wollende den in der Objektivität ausge-führten Zweck als identiſch mit dem zuvor innerlich geſetzten, vorgeſetzten Zwecke weiß. Zufall dagegen iſt (§. 90) der zum Bewußtſein geſteigerte Widerſpruch zwiſchen dem Wiſſen und Wollen einerſeits und dem Geſchehenen andrerſeits.

§. 95.

Der Vorſatz (propositum), als eine durch das Subjekt vermittelte und für das Subjekt ſeiende Einheit des Willens-moments mit dem Thatmomente, iſt eine höhere Stufe, als die Freiwilligkeit. Auf dieſer Stufe erſcheinen denn auch die Elemente der Handlung in einer weſentlich anderen Modifi-kation. Zuvörderſt nämlich erſcheint der Wille als eine der Handlung vorausgehende ſelbſtändige Exiſtenz, die ſich als ſolche durch Wahrnehmung, Berathſchlagung und Beſchluß bethätigt. Sodann ſteht die Objektivität als Boden der Hand-lung dem Subjekte jetzt in veränderter Weiſe, nämlich nicht mehr als gleichgiltiges Aggregat einzelner Gegenſtände, ſon-dern als ein kollektives Ganzes, ein Inbegriff von Seiten und Umſtänden gegenüber, welches eben in dieſer ſeiner zur Ein-heit ſtrebenden Mannigfaltigkeit den Gegenſtand der Wahr-nehmung und den Stoff der Berathſchlagung ausmacht. End-lich aber iſt nun die Kopula zwiſchen Willen und That eine durch das Subjekt mit Bewußtſein geſetzte, ſein Entſchluß, in welchem es ſich ſelbſtthätig gegen die Objektivität aufſchließt,

und den Beſchluß ſeiner Berathung zum objektiven Daſein entäuſſert.

Anm. — Vergl. Michelet a. a. O. S. 41—46. Wie Berner S. 180 die Entwicklung des Vorſatzes durch die Stadien der Berathſchlagung, des Beſchluſſes und des Entſchluſſes annehmen, und gleichwohl S. 183 den impetus zum Vorſatze rechnen kann, iſt nicht wohl zu begreifen. Mit romantiſchen Phraſen, wie: daß hier das Moment der Berathung (das der Wahrnehmung iſt ganz überſehen geblieben) durch den Affekt gleichſam überſtürzt und überflügelt werde, iſt einer beſonnenen Dialektik um ſo weniger gedient, als, wie auch Wirth richtig anerkennt, gerade das bewußte Wollen, welches das eigentlich Vorſätzliche iſt, im Momente des Affekts ſogar nicht möglich iſt.

§. 96.

Den direkten Gegenſatz des Vorſätzlichen bildet das Unvorſätzliche oder Zufällige, gegen welches das Subjekt ſich völlig negativ ſtellt, als gegen ein mit ſeinem Wiſſen und Wollen im offenen Widerſpruche ſtehendes Geſchehen. Indem nämlich das aus der Unmittelbarkeit der Handlung in ſich reflektirte Subjekt ſich ſelbſt als das Princip der Einheit oder des Auseinanderfallens ihrer Elemente betrachtet, ſo weist es jedes äuſſerliche Geſchehen, es ſei nun ein einfaches in ſich, oder trete bloß als Folge einer wirklichen Handlung auf, von ſich ab, ſobald es ein ſolches iſt, das ſein Wille nicht zuvor in ihm ſelbſt geſetzt hatte. Denn eben deshalb urtheilt das Subjekt, daß es ſelbſt nicht Princip dieſes Geſchehens ſeyn könne, ſondern daß dieſes Princip in dem ihm urſprünglich fremden Elemente der Objektivität gelegen haben müſſe, ſei es nun, daß die Naturmacht in Form der Gewalt, oder mittelſt Erzeugung eines falſchen Scheins im Wiſſen des Subjekts gewirkt habe. Der Zufall iſt aber wiederum ein engerer Be-

griff, als das Unfreiwillige überhaupt, ſofern er das Bewußtſein des Widerſpruchs zwiſchen beiden Seiten der Handlung, mithin die Nichtexiſtenz des Bewußtſeins einer mittelbaren Kauſalverbindung zwiſchen beiden vorausſetzt.

Anm. — Vergl. Michelet S. 51—54, wo ſich aber der Irrthum findet, daß Naturgewalt ſtets Zufall begründe, während doch von ihr daſſelbe geſagt werden muß, wie vom Irrthum, d. h. daß man für die dadurch veranlaßten rechtsverletzenden Erfolge verantwortlich bleibt, ſobald man, ſich ihrer Einwirkung in dieſer Richtung ausgeſetzt zu haben, ſich ſelbſt zur Schuld zurechnen muß.

§. 97.

Der abſtrakte Gegenſatz der beiden Seiten der Handlung jedoch, wie er vom Subjekt in dem Unterſchiede des Vorſatzes und des Zufalls fixirt wird, kann nicht feſtgehalten werden. Denn, indem daſſelbe im Vorſatze ſich ſelbſt als die beſtimmende Einheit für das Mannigfaltige an der objektiven Seite der Handlung behauptet, ſo ſetzt es hiemit die Forderung an ſich ſelbſt, dieſe Einheit auch wirklich zu ſeyn, d. h. ſeine der Handlung vorhergehende Reflexion auch in der That zu einer allgemeinen zu machen. Wenn nun die Handlung in's Daſein tritt, und ſtatt der vom Subjekt voraus berechneten ganz andere, oder neben den berechneten andre nicht berechneten Umſtände eintreten, die einen dem Vorſatze entgegengeſetzten Erfolg herbeiführen, ſo zeigt ſich jetzt, daß das handelnde Subjekt jene Forderung nicht erfüllt, ſeiner Reflexion nicht die nöthige Allgemeinheit gegeben hat. Denn hiezu wäre erforderlich geweſen, zu bedenken, daß die Umſtände, auf welche der Wille einzuwirken gedachte, vermöge des allgemeinen Weltzuſammenhangs mit vielen andern, inſonderheit mit den nachher wirklich eingetretenen in Verbindung ſtehen, welche daher auch in die Berathſchlagung hätten aufgenommen werden ſollen. Es ergibt ſich mithin nun, daß dieſe hinzugetretenen

Umſtände möglicherweiſe hätten voraus eingeſehen und erwogen werden können. Sobald aber dies feſtſteht, ſo hören ſie auf, zufällige Folgen zu ſeyn, und erſcheinen als mögliche Folgen, d. h. deren Wiſſen dem Subjekte möglich und die ſelbſt durch die vom Subjekte wirklich mit Vorſatz vollführte Handlung als realmögliche Folgen geſetzt waren. Es zeigt ſich, daß das Subjekt in einem Irrthum gehandelt hat, allein in einem ſolchen, den es hätte abwenden können, und welchen nicht abgewendet zu haben ihm zur Schuld zugerechnet werden muß. Dieſe Schuld iſt das Verſehen (culpa).

b. Das Verſehen.

§. 98.

In dem Begriffe des Verſehens iſt die abſtrakte Trennung des Subjektiven und Objektiven, wie ſie in dem Gegenſatz zwiſchen Vorſatz und Zufall liegt, aufgehoben und das in ſich reflektirte Subjekt mit der objektiven Seite wieder in Beziehung geſetzt, ſofern es ſich wenigſtens mittelbar als Princip des hervorgetretenen Erfolgs anzuſehen hat. Die Einheit iſt aber eben darum nur eine relative und unvollkommene. Das Willensmoment und das Thatmoment decken ſich nicht, es liegt eine Handlung vor, in welcher das Thatmoment über das Willensmoment das Uebergewicht hat, ſo jedoch, daß kein Theil der objektiven Seite vom Willen ſich ablöſt, vielmehr dieſe in der Totalität der Handlung gehalten bleibt.

Anm. — Die letztere Beſtimmung iſt von Berner S. 234—237 richtig hervorgehoben und eine ſinnreiche Vergleichung mit dem Konate angeſtellt, bei welchem das Umgekehrte ſtattfindet, daß nämlich das Willensmoment über das Thatmoment überwiegt. Gleichwohl reichen dieſe Beſtimmungen keineswegs hin, der dialektiſchen Entwicklung des Schuldbegriffs zu Hebeln zu dienen, da

in ihnen weder das Weſen der culpa noch das Weſen des Konats zum Vorſchein kommt. Von Michelet hier abzuweichen, lag um ſo weniger ein Grund vor, da gerade das Weſen der culpa von ihm ſehr treffend dargeſtellt iſt. S. 58—64.

§. 99.

Im Weſen des Verſehens liegt: 1) daß daſſelbe immer aus einem Fehler des Wiſſens, einem Irrthum hervorgeht, 2) daß dieſer Irrthum vermeidlich war, daher es nun eben 3) eine Fahrläßigkeit des Subjekts iſt, denſelben nicht vermieden zu haben und dadurch Princip des rechtsverletzenden Erfolgs, zwar nicht als unmittelbarer, aber doch als mittelbarer Folge ſeiner Handlung geworden zu ſeyn. Das Verſehen beſteht daher — im weſentlichen Unterſchiede vom Vorſatz — ſtets in einem negativen Verhalten des Willens. Gleichwohl liegt in dieſem Negativböſen auch ein Poſitivböſes, nämlich das Wiſſen und Wollen der Bedingung, aus welcher ein rechtsverletzender Erfolg ſich als realmögliche Folge entwickelt.

Anm. — Auch beim Verſehen iſt, wie beim Vorſatze, ein Wiſſen und Wollen vorhanden, aber ein ſolches, das nicht identiſch iſt mit der objektiven Exiſtenz der Handlung; — ſondern ein Wiſſen und Wollen nur der Bedingung, welche die reale Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolgs enthält. Wer nun die Bedingung weiß und will, der ſoll auch wiſſen, was aus dieſer Bedingung als reale Möglichkeit folgt (obligatio ad diligentiam). Eben hier aber bricht bei dem kulpos Handelnden das Wiſſen in Folge der Trägheit des Willens ab. Da nun die Bedingung die eine weſentliche Seite einer Sache iſt (die Wirklichkeit iſt die andre), dieſe Bedingung aber auch von dem kulpos Handelnden gewußt und gewollt wurde, ſo iſt auch das

Verſehen ein Verbrechen [1]). — Richtig bemerkt Michelet: „Der Irrthum, der hier in Betracht kommt, iſt der vermeidliche. Wann aber der Menſch Princip des Irrthums ſei, wann nicht, kommt eben auf den einzelnen Fall an und iſt aus deſſen Natur zu beurtheilen. Daß allgemeine Regeln für ihn nicht ausreichen (auſſer da, wo der Irrthum ſelbſt noch durch Mittelurſachen, wie Schlaf, Trunkenheit, Affekt, hervorgebracht wird), bekennt auch Ariſtoteles, indem Erfahrung und verſtändige Abſchätzung allein hier zu entſcheiden habe. Spricht nun dieſe das Schuldig aus, ſo muß, da der Wille Princip iſt, irgend eine innere Dispoſition des Handelnden das Auffaſſen der Umſtände verhindert haben, und, inſofern ein Name für daſſelbe verlangt wird, bietet ſich der Vorſtellung Nachläßigkeit oder Fahrläßigkeit dar. Alſo erſt, wenn Jemanden Umſtände verborgen blieben, obgleich er ſeine Aufmerkſamkeit anſtrengte, ſie aufzufaſſen, iſt er frei von aller Schuld [2])." Gegen dieſe Anſicht vom Verſehen iſt neuerdings Luden [3]) aufgetreten, indem er behauptet, daß gerade das Geſchilderte nicht kriminelle culpa ſei,

1) Stübel N. Arch. VIII. S. 295—308, will den Begriff der culpa aus dem Kriminalrechte ganz verbannt haben, weil er mit v. Almendingen läugnet, daß es überall eine Beziehung des Willens auf ein negatives Verhalten des Bewußtſeins gebe. Deshalb will er im kulpoſen Vergehen nur die gefährliche Handlung, und konſequenter Weiſe auch ohne eingetretenen Erfolg, geſtraft wiſſen; insbeſondre aber nur die gefährliche Handlung aus Leichtſinn, während gegen die gefährliche Handlung aus Unbedachtſamkeit nur polizeiliche Sicherungsmittel anwendbar ſeyn ſollen. Von dieſer Anſicht geht denn im Weſentlichen auch das öſtreichiſche Geſetzbuch aus. Jenull öſtr. krim. Recht. I. S. 65 ff. Eine Vermittlung verſucht Oerſted Grundregeln S. 251, 252.

2) Mittermaier Note 1. zu Feuerbach §. 55. Gärtner finium culpæ in jure crim. regund. 1836.

3) Handbuch §. 38. Abhandl. II. S. 296 ff.

dieſe vielmehr in etwas ganz Andrem beſtehe, was wir unſrerſeits gar nicht mehr als culpa, ſondern als Mittelglied zwiſchen dolus und culpa anſehen. Während nämlich der hier aufgenommene Begriff des Verſehens theils der aller neueren Kriminaliſten, theils auch der unſrer neuen Geſetzgebungen iſt, nur daß dann in der Regel wieder zwiſchen bewußter und unbewußter culpa unterſchieden, und mit erſterem Gliede über das Weſen der culpa hinausgegangen wird [1]), ſo ſoll nach Luden die culpa eben nur in dieſem Weiteren liegen, was, wie unten gezeigt werden ſoll, keineswegs mehr reine culpa iſt. Recht hat er nun zwar darin, wenn er die abſtrakte Reduktion der culpa auf einen Verſtandesfehler verwirft, Unrecht aber darin, wenn er mit dem Momente des negativböſen Willens das Gleiche thut. Er ſagt: damit ſei offenbar noch nicht erklärt, daß gerade der wirklich hervorgebrachte Erfolg in dem Willen des Handelnden gelegen habe; wenn aber nicht gerade der hervorgebrachte Erfolg auf den Willen des Handelnden zurückgeführt werden könnte, ſo könnte nicht von beſtimmten kulpoſen Verbrechen (Tödtung, Brandſtiftung ꝛc.) die Rede ſeyn [2]), ſondern nur von einem Verbrechen des Handelns mit dem Willen, nicht die gehörige Aufmerkſamkeit und Sorgfalt anzuwenden. Allein dieſe Einwendung trifft ja keineswegs die Beſtimmung der culpa als eines negativ böſen Willens, ſondern vielmehr nur die allerdings unrichtige Anſicht Feuerbachs, welcher zur culpa ein vorſätzliches Uebertreten des die obligatio ad diligentiam einſchärfenden Geſetzes verlangt. Die Einwendung müßte alſo jedenfalls anders lauten,

1) Vgl. auch **Rossi** II. S. 203. **Carmignani** II. S. 201. **Hellie** V. S. 470.

2) Vgl. die Auffaſſung von Stübel N. Arch. VIII. S. 236 ff, der dieſen Geſichtspunkt konſequent durchführt.

nämlich dahin, daß man nur von einem Verbrechen des nicht Aufmerkenwollens reden könnte. Auch ſo aber iſt ſie ganz unbegründet. Luden fordert, es müſſe erklärt werden, daß gerade der wirklich hervorgebrachte Erfolg im Willen des Handelnden gelegen habe, die Tödtung 2c. Dies, meint er, könne nicht der Fall ſeyn, wenn die kulpoſe Rechtsverletzung gerade als die nicht gewollte beſtimmt werde. Hier überſieht er wieder, daß unter: nicht gewollt nur: nicht direkt gewollt, nicht vorſätzlich gemeint iſt. Daß aber culpa und dolus unterſchieden ſeien, giebt er ſelbſt zu. Indeſſen zeigt gerade ſeine Forderung, daß er dieſen Unterſchied ſich nicht klar gedacht haben kann. Denn ſo, wie ſie lautet, führt ſie offenbar auf den dolus. Es müſſe, ſagt er, auch bei der culpa der rechtsverletzende Erfolg im Willen gelegen haben, nur nicht direkt, ſondern indirekt, d. h. ſo, daß der Handelnde ſich den Kauſalzuſammenhang nicht als nothwendig, ſondern nur als möglich vorgeſtellt habe. „Bei dieſer Vorſtellung iſt es nicht möglich, die verbotene Handlung mit Beſtimmtheit zu wollen; dagegen könnte gar nicht von ſtrafbarer culpa die Rede ſeyn, wenn ſich nicht nachweiſen ließe, daß derſelben, ungeachtet ſie nicht Abſicht iſt, der Wille zu Grunde liegt, die verbotene Handlung zu begehen,“ d. h. mit andern Worten: die culpa iſt nicht direkter dolus, wohl aber indirekter. Denn, ſobald der Wille in poſitivem Verhältniſſe zum Erfolg gedacht wird, ſo iſt zwar nicht immer direkte Abſicht (Vorſatz), immer aber Abſicht vorhanden. Der Unterſchied von nothwendiger und bloß möglicher Folge iſt an und für ſich ganz richtig; aber das Falſche liegt darin, daß Luden die Vorſtellung der möglichen Folge fordert, wodurch die culpa ſogleich in den dolus übergeht. Was er ganz überſieht, das iſt der Begriff der mittelbaren Folge, auf

den hier Alles ankommt. So lang wir den Willen als direktes Princip der Folge haben, er denke ſich dieſe als nothwendig oder bloß als möglich, ſtehen wir im Kreis der Abſicht; dieſen verlaſſen wir erſt dann, wenn wir den Willen bloß als mittelbares Princip der Folge ſetzen [1]. Warum ſollte aber eine beſtimmte Folge, Tödtung ꝛc. nicht mittelbar auf den Willen als Princip zurückgeführt werden können? Den kulpos Tödtenden ſehen wir ja gerade nicht deshalb für ſtrafbar an, weil er tödten wollte, ſondern deshalb, weil er ſo unglücklich war, wider Willen zu tödten. Wir imputiren gerade die objektive Qualität der That ſeinem Willen nicht; es iſt wenig Unterſchied, ob er getödtet, Brand geſtiftet oder welchen Schaden er ſonſt hervorgebracht hat, wenn gleich die Größe des Schadens auf das Maß der Strafe von Einfluß iſt. Die innere Natur des kulpoſen Delikts wird durch den Gegenſtand nicht modificirt. Gleichwohl iſt gerade das Gegentheil dieſer Behauptung die falſche Vorausſetzung, von welcher Luden ausgeht. Uebrigens macht derſelbe auch bei dieſer Lehre wieder eine bedeutende Konceſſion, wenn er ſagt: die Vorſtellung, welche zur culpa gehöre, habe der Handelnde in jedem Falle, in welchem er ſich nicht vorſtelle, daß kein Kauſalzuſammenhang zwiſchen ſeiner Thätigkeit und der verbotenen Handlung ſtattfinde, ohne ſich dabei vorzuſtellen, daß derſelbe beſtimmt ſtattfinde. Auch hier ſehen wir ihn wieder mit der linken Hand zurückgeben, was er mit der rechten genommen hatte. Zum Begriff der culpa ſoll die Vorſtellung der möglichen Folge gehören; andrerſeits ſoll dieſe Vorſtellung ſtets als vorhanden an-

---

1) Letzteres erkennt freilich auch die gewöhnliche Theorie nicht an, ſofern ſie eine bewußte culpa annimmt. S. Mittermaier Note zu Feuerbach §. 56. Daſſelbe nennen Andre culpa proxima. S. Wächter I. §. 80 N. 59. Grolman §. 48. Henke I. S. 359.

genommen werden, wenn nur nicht der Handelnde die Vorſtellung vom Gegentheil gehabt habe. Wie ſoll ſich damit der Einwurf reimen, den Luden der gewöhnlichen Theorie entgegenhält, „daß der nicht wirklich vorhergeſehene Erfolg nicht in dem Willen des Handelnden gelegen haben könne, wenn er auch von ihm hätte vorhergeſehen werden können und müſſen? Er ſelbſt präſumirt ja die Vorſtellung der möglichen Folge, ſobald nur nicht der Handelnde beweist, daß er die Vorſtellung vom Gegentheil gehabt habe. In dieſer Präſumtion liegt ja aber gerade die getadelte Zumuthung an den Handelnden, daß er die Vorſtellung von der möglichen Folge hätte haben ſollen, oder daß er ſie gehabt haben müſſe. Ebenſo unbegründet iſt die Behauptung, daß nach der gewöhnlichen Theorie die Grenze der kriminellen culpa nur in den Begriff der mäßigen Sorgfalt gelegt werden könne. Wenn Luden dieſe Beſtimmung tadelt, ſo hat er Recht, und eben daher auch darin, daß er ſich beſtrebt, den Anfangspunkt der ſtrafbaren culpa der in das Privatrecht gehörenden Abſtraktion zu entnehmen, und denſelben durch Zurückführung auf die Individualität konkret zu machen. Allein daß er dazu das rechte Mittel gewählt habe, iſt ſehr zu bezweifeln. Praktiſch iſt ſein Mittel gewiß nicht. Denn er ſtellt Alles auf den vom Handelnden zu führenden Beweis, daß er ſich gar keinen ſchlimmen Erfolg als möglich gedacht habe. Da nun aber dieſer Beweis nie oder nur im ſeltenſten Falle wirklich wird geführt werden können, ſo wird nach Luden das „bewußte Nichtwiſſen" präſumirt und culpa angenommen werden müſſen auch in ſolchen Fällen, wo die gewöhnliche Theorie es nicht thut. Die neue Anſicht wird alſo gerade das, was ſie vermeiden will, auf eine noch bedenklichere Weiſe herbeiführen. Aber auch theoretiſch empfiehlt ſich dieſelbe keineswegs. Denn einmal giebt ſie

ſich nur irrig als neu aus, ſofern ſie, wie geſagt, ſo gut als die gewöhnliche Anſicht eine obligatio ad diligentiam aufſtellt („da man nur ſolche Handlungen vornehmen ſoll, von welchen man ſich vorſtellt, zu wiſſen, daß keine verbotene Handlung damit begangen werde"), und von dem Handelnden, ſobald er nur dieſe Vorſtellung gehabt zu haben nicht beweiſen kann, annimmt, er habe ſich in bewußtem Nichtwiſſen befunden, d. h. er habe ſich die ſchlimme Folge als möglich vorſtellen müſſen. Sodann iſt ſie zwar allerdings relativ neu, ſofern ſie als Seitenſtück zu der ehemaligen praesumtio doli nun auch noch eine praesumtio culpæ aufſtellt; aber eben dieſes Geſchenk wird die Wiſſenſchaft als ein zweideutiges zurückweiſen müſſen. Sie iſt mithin 1) unrichtig, ſofern ſie die culpa durch ein Moment beſtimmt, das weſentlich den dolus bezeichnet, und konſequenterweiſe zur Verwandlung der culpa in dolus führen müßte; dieſer Konſequenz ſucht ſie nun allerdings zu entgehen, wird aber dadurch 2) inkonſequent, ſofern ſie an die Stelle der poſitiven Vorſtellung der möglichen Folge den negativen Ausdruck ſetzt, wodurch ſie wieder in das Gebiet der gewöhnlichen Theorie zurückfällt, 3) geht ſie aber über dieſes wieder hinaus, ſofern ſie das bewußte Nichtwiſſen, d. h. die Uebertretung der obligatio ad diligentiam ſolang präſumirt, als nicht der Handelnde einen faſt unmöglichen Beweis führen kann. Unmöglich iſt nämlich der geforderte Beweis, ſobald man es irgend genau damit nehmen will, was man doch ſtets als Vorausſetzung annehmen muß. Denn Niemand kann beweiſen, daß er ſich bei irgend einer Handlung jede mögliche ſchlimme Folge poſitiv als ausgeſchloſſen gedacht habe. Will man dann konſequent ſeyn und in Ermangelung dieſes Beweiſes bewußtes Nichtwiſſen annehmen, ſo iſt die Folge, daß man auch rein zufällige Folgen zur

culpa zurechnen muß. — Um wie viel richtiger iſt auch hier die gewöhnliche Anſicht, ſobald man nur die Beſtimmung der „mäßigen" Sorgfalt als eine ungehörige aus dem Strafrechte ausweist, und die ſogenannte bewußte Fahrläßigkeit vorläufig ausſcheidet! Die unbewußte culpa der gewöhnlichen Anſicht iſt gerade das charakteriſtiſche Dritte zwiſchen Vorſatz und Zufall. Sie enthält kein Moment des dolus in ſich, ſie läßt ſich aber auch von dem Gebiete des casus ſehr beſtimmt abgrenzen. Daß letzteres nicht auf abſtrakte Weiſe geſchehen dürfe, hat Luden richtig eingeſehen. Aber ebenſo unrichtig iſt es, den Beweis vom Handelnden zu fordern, der nach Luden zu fordern wäre. Vielmehr iſt in jedem konkretem Falle zu unterſuchen, ob dieſem beſtimmten Individuum nach ſeinem Maß von Einſichten die Zumuthung gemacht werden könne, daß es die Folge hätte vorausſehen können und ſollen[1]), wo denn allerdings z. B. eine kulpoſe Vergiftung bei einem Apotheker ſtatuirt werden muß, während bei einem andern Subjekte in demſelben Falle der Erfolg vielleicht als reiner Zufall erſchiene. Niemals wird daher culpa präſumirt, ſondern es muß dem Handelnden bewieſen werden, daß der Erfolg nicht als zufälliger betrachtet werden könne, daß es ihm nach dem Maße ſeiner Einſichten unter den konkreten Umſtänden möglich geweſen wäre, denſelben vorher zu bedenken, und daß er durch die Unterlaſſung dieſer Reflexion die im vorliegenden Fall begründete obligatio ad diligentiam übertreten habe. Dabei wird aber nicht dieſer Schuld der unterlaſſenen Reflexion auf zweideutige Weiſe die Präſumtion der poſitiven Vorſtellung von der Möglichkeit der Folge (worin ſogar eine praesumtio doli liegt), untergeſchoben, ſondern das, worauf Luden erſt durch einen Umweg kommt, von

1) Oerſted Grundregeln S. 236.

vorn herein als das Weſen der Sache ausgeſprochen. — Hiemit ſoll übrigens keineswegs die hergebrachte Theorie über die culpa in Bauſch und Bogen vertheidigt werden, wie ſich unten noch näher ergeben wird.

§. 100.

Da es das Weſen des Verſehens iſt, aus einem Irrthume zu entſpringen, welchen nicht vermieden zu haben, dem Willen zur Schuld zugerechnet werden kann, ſo iſt ſeine Grenze gegen den Zufall relativ. Es kann dem einen noch als Verſehen zugerechnet werden, was dem Andern als Zufall nicht mehr zuzurechnen iſt. Denn die Frage, ob ein Irrthum vermeidlich geweſen ſei, kann immer nur nach der Subjektivität des Handelnden und den Umſtänden des konkreten Falls entſchieden werden. Die Grenze läßt ſich daher nur negativ ſo angeben, daß der Handelnde wegen Verſehens dann nicht verantwortlich iſt, wenn ihm als ſolchem unter den vorliegenden Umſtänden nicht zugemuthet werden konnte, daß er den eingetretenen Erfolg als eine realmögliche Folge ſeiner Handlung voraus in ſeine Reflexion hätte aufnehmen ſollen. So wenig ſich aber eine ſchlechthin beſtimmte Grenze zwiſchen Verſehen und Zufall bezeichnen läßt, ebenſowenig können abſolute Grade des Verſehens angegeben werden, und zwar aus demſelben Grunde. Dieſelben könnten nämlich nur hergenommen werden von der größeren oder geringeren Leichtigkeit, die Folge vorauszuſehen. Allein darüber läßt ſich objektiv nichts voraus beſtimmen, weil die Wahrſcheinlichkeit eine durchaus relative, nach der Subjektivität ſich richtende Beſtimmung iſt. Allein nicht einmal für die einzelne Subjektivität giebt es Grade des Verſehens, ſofern man unter Grad eine durch qualitative Differenz fixirte Quantitätsbeſtimmung verſteht. Denn es laſſen ſich zwar unendlich viele quantitative Abſtufungen denken, aber nirgends ein Umſchlagen dieſer in qualitative Differenz. Das Verſehen im Strafrecht unter-

ſcheidet ſich hiedurch weſentlich von dem Verſehen des bürgerlichen Rechts, bei welchem letzteren eine ſolche Eintheilung in Grade (culpa lata und levis) deshalb allerdings möglich iſt, weil bei dem, allem bürgerlichen Rechte zu Grunde liegenden, negativen Verhalten der Perſon zu andern Perſonen allerdings ein Mittelmaß der Aufmerkſamkeit ſich angeben läßt, nach welchem das Verhalten der einzelnen Subjektivität, die als ſolche dem bürgerlichen Rechte gleichgiltig iſt, gemeſſen und unter verſchiedene Grade der Verantwortlichkeit in Beziehung auf den Schadensersatz rubicirt werden kann.

Anm. — Die Lehre von den Graden des Verſehens iſt gewöhnlich deshalb verworren, weil man ſich den Unterſchied von culpa und dolus nicht gehörig zum Bewußtſein bringt. Es hat das ganze Kapitel von dolus und culpa ſeine für die gegenwärtige Doktrin zur Norm gewordene Bearbeitung von den Matadoren der kritiſchen Philoſophie in der Rechtswiſſenſchaft erhalten, insbeſondre von Grolman und Feuerbach, deren Beſtreben nothwendig dahin gehen mußte, Begriffe der culpa aufzuſtellen, die mit einer relativen Strafrechtstheorie harmoniren könnten. Je ſchwieriger es nun iſt, das wahre Weſen der culpa in einer Verhütungs- oder Abſchreckungstheorie, überhaupt in irgend einer Theorie unterzubringen, die durch das äuſſere Strafgeſetz auf den Willen wirken will, um ſo mehr Scharfſinn mußte bei jenem Beſtreben, aber freilich erfolglos, aufgewendet werden. Denn es wird ſich unten ergeben, daß durch die Beſtimmungen von Grolman und Feuerbach der weſentliche Unterſchied von culpa und dolus keineswegs richtig feſtgeſtellt und eben deshalb auch die Frage nach den Graden der culpa unrichtig beantwortet worden iſt, ſofern ſie Momente, die offenbar zum dolus gehören, irriger Weiſe noch unter die culpa rubriciren. Dieſen Mangel hat auch Berner

S. 244 an Feuerbach richtig entdeckt, gleichwohl aber durch deſſen Beiſpiel ſich beſtechen laſſen, noch zwei Grade des Verſehens (übereinſtimmend mit dem Wirtembergiſchen Strafgeſetzbuch) zu unterſcheiden, von denen der eine durchaus nicht mehr der culpa angehört. Sieht man hievon ab, ſo iſt der Satz, daß es innerhalb der culpa durch Unbedachtſamkeit, welche allein reine culpa iſt, keine Grade geben könne, von ihm in Uebereinſtimmung mit Michelet S. 65 [1]) — ganz richtig ausgeführt. Nur den letzten Grund, warum in ſpecifiſchem Unterſchiede vom Civilrechte das Strafrecht keine Gradationen des Verſehens ſtatuiren kann, heben beide nicht hervor. Er liegt eben darin, woraus auch folgt, daß der Anfangspunkt der ſtrafbaren culpa durchaus nur relativ beſtimmt werden kann, nämlich darin, daß es ſich im Strafrechte im-immer nur um die beſtimmte Subjektivität, nicht um dieſe im Verhältniß zu andern Perſonen handelt, für die Subjektivität aber und ihre Fähigkeit, Irrthümer zu vermeiden, keine abſtrakte Grenze geſetzt werden kann, und eben daher auch keine allgemein giltigen Grade des Verſehens, ja überhaupt keine ſich angeben laſſen [2]). Ganz anders iſt dies im Civilrechte, wo die Subjektivität als ſolche indifferent iſt, und Alles ſich um das Verhalten der Perſon zu andern Perſonen, nach dem Principe der gleichen Wil-

1) Wenn Mittermaier Not. 1. zu Feuerbach §. 58 ſagt, die Unmöglichkeit, die culpa auf beſtimmte Grade zurückzuführen, ſei allgemein eingeſehen, ſo iſt dieß nur hinſichtlich des Unterſchieds von culpa lata und levis richtig, nicht aber hinſichtlich des Unterſchieds zwiſchen bewußter und unbewußter culpa, der doch auch ein Gradunterſchied iſt. Ja ſelbſt in jener Hinſicht nicht ohne Ausnahme; ſ. Wächter I. §. 80. n. 58. u. die dort Angef.

2) Vergl. Weber im N. Arch. VII. S. 561. 562. A. M. das Bair. Strafgb. §§. 56. 68. Dagegen aber Oerſted Grundregeln S. 256—269.

lensgeltung, dreht. Hier iſt es eben um dieſes Verhältniſſes willen möglich und nöthig, einen allgemein giltigen Maßſtab feſtzuſetzen, nach welchem ſich Grade der culpa unterſcheiden laſſen. Wie Berner ſagen mag, daß dieſe Unterſcheidungen nicht im Weſen der Sache, ſondern auf einer äuſſerlichen Relativität beruhen, iſt nicht einzuſehen. Gerade aus dem Weſen der verſchiedenen bürgerlichen Rechtsverhältniſſe geht es hervor, daß bei ihnen verſchiedene Arten von Sorgfalt gefordert werden, bald nur die, welche ſelbſt einem minder Sorgfältigen zuzumuthen iſt, bald die Normalſorgfalt eines guten Hausvaters, bald wenigſtens ſoviel Sorgfalt, als man in ſeinen eigenen Geſchäften zu beobachten pflegt. Da nun dieſe Arten von Sorgfalt zugleich der Größe nach unterſchieden ſind, und jedesmal das, was über die geforderte Sorgfalt hinausfällt, zum nicht imputablen Zufall gerechnet wird, ſo giebt es hier verſchiedene Grade von culpa. Dabei iſt allerdings die ſogenannte culpa in concreto relativer Natur, indem bei ihr die Subjektivität des Handelnden berückſichtigt werden muß. Allein der weſentliche Unterſchied vom Strafrechte iſt der, daß in den Fällen der diligentia, quam quis suis, die eben nur im Kreiſe obligatoriſcher Verhältniſſe vorkommen, nicht die Subjektivität an und für ſich, ſondern dieſelbe in Vergleichung mit dem allgemeinen Maßſtabe zur Erwägung kommt. — Daß bei dem Verſehen im Strafrecht keine Grade unterſchieden werden können, giebt auch Luden Handb. S. 269 — 271 richtig an; nur liegt der Grund nicht in dem von ihm aufgeſtellten Begriffe der culpa, ſondern in dem Satze, den er bei Anführung der hergebrachten Theorie ausſpricht, daß es nicht wohl möglich ſei, die größere oder geringere Wahrſcheinlichkeit eines Erfolges nach beſtimmten Graden abzumeſſen, zumal da

es immer nur darauf ankommen könnte, wie wahrſcheinlich oder unwahrſcheinlich derſelbe dem Handelnden nach ſeiner individuellen Einſicht geweſen ſei. — Aus dem Weſen des Verſehens laſſen ſich mithin weder Grade, noch ein allgemein giltiger Anfangspunkt ſeiner Zurechenbarkeit ableiten. Eine andre Frage iſt aber die, ob es für den Staat nicht rathſam, ja ob er nicht ſchuldig iſt, eine Grenze feſtzuſetzen [1]), was jedoch nicht in die Lehre von der Zurechnung gehört.

§. 101.

Das Verſehen drückt einen geringeren Schuldgrad aus, als der Vorſatz. Denn während bei dieſem die ſubjektive Seite der Handlung mit ihren beiden Momenten, dem Wiſſen und dem Willen, der objektiven entſpricht, Wille und That ſich decken, ſo iſt im Verſehen ein Ueberſchuß des Thatmoments über das Willensmoment enthalten; der Handelnde wußte und wollte nicht die wirkliche Exiſtenz des rechtsverletzenden Erfolgs, ſondern wollte nur deſſen Bedingung, ſeine reale Möglichkeit; ſeine Schuld iſt es aber, daß er dieſe Möglichkeit nicht auch in ſein Wiſſen erhoben hat, was ihn abgehalten haben würde, die Bedingung einer ſolchen mittelbaren Folge zu wollen. Bei objektiv gleichem rechtsverletzenden Erfolge liegt alſo beim Verſehen nur ein theilweiſes Entſprechen von Willen und That vor, während dieſes Entſprechen bei der vorſätzlichen Handlung vollſtändig iſt. Zugleich iſt aber klar, daß das Verſehen dann in Vorſatz übergeht, wenn das bloß mögliche Wiſſen zum wirklichen erhoben, d. h. der Kauſalzuſammenhang zwiſchen der Handlung und der mittelbaren Folge wirklich eingeſehen und mit dieſem Wiſſen gehandelt wurde.

Anm. — Daß das Verſehen einen geringeren Schuld-

---

1) Vergl. vorläufig Bauer Abh. I. S. 288. Derſted Grundregeln. S. 234 — 237. Mittermaier n. 2. zu Feuerbach §. 55.

grad ausdrückt, als der Vorſatz, liegt in dem Weſen deſſen, was bei ihm in die Zurechnung fällt und was nur einen Theil von demjenigen bildet, worauf ſich beim vorſätzlichen Verbrechen die Zurechnung erſtreckt. Von dem relativen Maße der Strafbarkeit beider zu reden, iſt dagegen hier nicht der Ort[1]. — Ueber den Uebergang der culpa in den dolus eventualis ſ. Michelet S. 64[2]. Uebrigens wird ſich unten ergeben, daß es noch eine näher liegende Form giebt, in welcher das Verſehen, ohne völlig in dolus zu übergehen, doch etwas von ſeiner Natur in ſich aufnimmt und, neben der Form des impetus, eine eigenthümliche Mittelſtufe zwiſchen der reinen culpa und dem reinen dolus bildet.

§. 102.

In dem kulpoſen Verbrechen liegt der Uebergang vom Kriminalvergehen in das Polizeivergehen. Auch dieſes beſteht in dem Wollen einer Handlung, aus welcher als mittelbare Folge ſehr leicht eine Rechtsverletzung entſtehen kann. Allein zwiſchen beiden findet gleichwohl ein ſehr weſentlicher Unterſchied Statt. Die Polizei hat es nämlich überall nicht mit dem An ſich Unrechten und dem wirklichen Unrecht zu thun, ſondern lediglich mit dem Wohle, zu welchem Behufe ſie als Sicherheitspolizei unter Anderm auch ſolche Handlungen bei Strafe verbietet, welche, an ſich indifferent, die reale Möglichkeit des Unrechts in ſich tragen. Derlei Handlungen ſind nun allerdings in der Regel dieſelben mit denjenigen, aus welchen das kulpoſe Vergehen entſpringt. Aber ſie gehören eben vor die Polizei nur dann, wenn es bei der bloßen Möglichkeit des Unrechts geblieben iſt, während ſie der Rechtspflege dann zufallen, wenn ſich das wirkliche Unrecht daraus entwickelt hat.

---

1) Oerſted. Grundregeln. S. 252 — 255.

2) ſ. auch Mittermaier Not. zu Feuerbach §. 56.

Zwar ſcheint von der gerechten Beſtrafung des bloß verſuchten vorſätzlichen Verbrechens eine Einwendung gegen den Satz hergenommen werden zu können, daß es die Rechtspflege nur mit dem exiſtent gewordenen Unrechte zu thun habe. Allein dieſe Einwendung fällt vor der Einſicht, daß der irgendwie in That übergegangene Vorſatz bereits über die bloße Möglichkeit des Unrechts hinausgeſchritten und in das Stadium ſeiner Exiſtenz eingetreten iſt, während umgekehrt der kulpoſe Wille ſolang, als das Unrecht nicht objektiv exiſtent worden iſt, bloße Möglichkeit deſſelben bleibt, und eben deshalb nicht die Rechtspflege, ſondern nur die Rechtspolizei angeht. Das kulpoſe Verbrechen ſetzt deshalb voraus, daß die rechtsverletzende Folge wirklich in die Exiſtenz getreten ſei. Erſt durch dieſen wirklichen Effekt erhält die kriminelle Zurechnung deſſelben einen Inhalt, ja ſie wird dadurch überhaupt erſt möglich, da ohne einen ſolchen die Frage gar nicht entſtehen könnte, ob der Wille des Handelnden negativböſe geweſen ſei, ob er dieſe Folge als eine mittelbare Folge ſeiner Handlung hätte vorausſehen können. Darum iſt denn auch die Zurechnung bei dem Polizeivergehen eine weſentlich andre, als bei dem kulpoſen Verbrechen. Bei jenem wird dem Handelnden ſeine Handlung nur als eine dem Wohl gefährliche, es wird ihm nicht das mittelbar darin enthaltene an ſich Unrechte zugerechnet; und eben um des erſteren Moments willen läßt der Staat, der ſolche Handlungen ausdrücklich verbietet und für möglichſte Verbreitung des Verbots ſorgt, mit Recht beim Polizeivergehen Vorſatz und Fahrläßigkeit ſich indifferenziren. Dagegen wird beim kulpoſen Kriminalvergehen gerade umgekehrt das mittelbar in der gefährlichen Handlung enthaltene an ſich Unrechte zugerechnet. Der innere Grund der Zurechnung iſt freilich in beiden Fällen derſelbe, nämlich das Negativböſeſeyn des Willens, wodurch er die poſitive Bedingung für mittelbar entſtehendes Unrecht wird. Aber gerade weil dieſer negativböſe Wille nur negativbös, nur die

reale Möglichkeit des Unrechts iſt, ſo muß die Zurechnung eine verſchiedene werden, je nachdem dieſe Möglichkeit bloße Möglichkeit bleibt oder die Wirklichkeit aus ſich entbindet.

Anm. — Michelet S. 72. 79. giebt über dieſen Punkt Andeutungen, die ihre theilweiſe Berichtigung und Ergänzung im Vorſtehenden finden. Auch bei Berner S. 231. 232. findet ſich die Sache ſelbſt richtig angegeben, nur ohne den rechtfertigenden Grund. Eben daher kommt es auch, daß er das Oeſtreichiſche Geſetzbuch wegen ſeiner Verweiſung der culpa in das Gebiet der Polizeiübertretungen relativ mit Unrecht tadelt. Denn, wenn es gleich ſehr richtig iſt, daß kulpoſe Handlungen (und zwar nicht nur unter gewiſſen Bedingungen, wie B. ſagt) wahre Rechtsverletzungen ſind, ſo möchte man doch eben hievon den Grund wiſſen und den Unterſchied von kulpoſen Verbrechen und Polizeivergehen etwas genauer, als bloß mit der Angabe der verſchiedenen Zwecke der Juſtiz und Polizei, begründet ſehen, um ſomehr, da, wie Michelet treffend angiebt, das kulpoſe Vergehen eben den Uebergang von den Kriminalvergehen in die Polizeiübertretungen bildet. Gerade die Einſicht in die relative Identität der kulpoſen und der Polizeivergehen würde dann aber dazu geführt haben, das Verfahren des öſtr. Geſetzbuchs gerechter zu würdigen, obgleich im Reſultate freilich mit den Tadlern übereingeſtimmt werden muß. — Von Stübel in der ſcharfſinnigen Abhandlung im N. Arch. VIII. S. 236 — 323 [1]) ſind eben die im §. angegebenen Momente verkannt.

§. 103.

Die Handlung, wie ſie im Verſehen erſcheint, ſteht nicht mehr in bloß formeller Einheit mit dem Willen als ſein bloßer

---

1) Vergl. Oerſted. S. 249 — 252.

ſelbſtloſer Wiederſchein, wie es bei der vorſätzlichen Handlung der Fall iſt. Sie erſcheint aber auch nicht mehr ſo in ſich gebrochen, wie beim Zufall, daß nur einige ihrer Seiten dem Willen angehören, andre aber nicht; vielmehr gewinnen beim Verſehen alle Momente der Handlung eine Beziehung zum Willen und ſtellen dadurch die im Zufall gebrochene Allgemeinheit derſelben wieder her, allein nun nicht mehr ſo, daß dieſe Allgemeinheit der willkührliche Zuſammenhang ſubjektiver Reflexion iſt, wie beim Vorſatz, ſondern ſo, daß ſie als objektiver Zuſammenhang an dem Thatmomente erſcheint. Dieſe objektive Allgemeinheit iſt nun aber nichts Anderes, als die Subſtanz der Handlung ſelbſt, die ſich in den einzelnen Thatmomenten, den Umſtänden und Folgen als in ihren Accidenzen und nothwendigen Wirkungen bethätigt. Sofern der Wille nun eben dieſe allgemeine Qualität, die innere Natur der Handlung ſelbſt auffaßt, und dieſe äuſſerlich zu verwirklichen ſtrebt, iſt er nicht mehr Vorſatz, ſondern Abſicht.

Anm. — Abegg. §. 83. Zuſ. findet gerade den Ausdruck Vorſatz (propositum) am geeignetſten für die Bezeichnung des dolus, und weiſt den Ausdruck Abſicht deshalb ab, weil hiemit das Verhältniß des Willens zum Zwecke, deſſen Mittel der Erfolg ſeyn ſolle, bezeichnet werde. Allein, ſo indifferent auch der Wortſtreit erſcheint, ſobald man ſich nur über den Inhalt verſtändigt hat, der mit beiden Worten bezeichnet werden ſoll, ſo iſt es doch philoſophiſch unrichtig, wenn Abegg den dolus gerade durch den Vorſatz richtiger bezeichnet findet, als durch Abſicht. Und nicht nur philoſophiſch, ſondern auch poſitivrechtlich. Denn es ſoll künftig nachgewieſen werden, daß zwar allerdings der dolus des römiſchen Rechts dem Ausdruck Vorſatz genau entſpricht, dagegen der dolus in der Auffaſſung des deutſchen Rechts ein weit reicherer, und konkreterer, weil durch das Gebiet der vom römiſchen

Rechte noch keineswegs in ihrem vollen Weſen gewürdigten culpa hindurchgegangener Begriff iſt, der ſeinerſeits dem Ausdruck Abſicht entſpricht. Nur freilich muß man nicht Abſicht und Zweck identificiren, ſondern nur das darunter verſtehen, was darunter verſtanden werden muß, und was von Hegel §. 119 ſehr treffend herausgehoben iſt. — Dem Vorſatz iſt die Willkührlichkeit der ſubjektiven Reflexion weſentlich, wodurch die objektive Seite der Handlung als das ganz Selbſtloſe und Paſſive geſetzt wird. Daher iſt auch die Allgemeinheit in der vorſätzlichen Handlung keine objektive, in ſich ſelbſt begründete, ſondern eine bloß formelle, durch die Willkühr der ſubjektiven Reflexion beſtimmte. Die Totalität der vorſätzlichen Handlung erſtreckt ſich eben nur ſoweit, als das Wiſſen und Wollen des Subjekts geht. Geſetzt alſo, es ſetzte ſich einer vor, einen Andern in's Herz zu ſtechen, und er tödtet ihn durch die Ausführung dieſes Vorſatzes, ſo iſt der Stich in's Herz, nicht aber die Tödtung eine vorſätzliche Handlung. Es wird zwar Jedermann die Tödtung dem Handelnden zurechnen; aber dies kann eben nur geſchehen, indem man dem beſchränkteren Begriffe des Vorſatzes den weiteren Begriff der Abſicht ſubſtituirt. Man glaube aber nur nicht, daß es mit der Ungenauigkeit in den Begriffen nicht viel auf ſich habe. Die praktiſchen Folgen bleiben nicht aus, und es giebt dafür nichts Lehrreicheres, als das Studium der Kammerverhandlungen über die modernen Strafgeſetzbücher. So kann z. B. aus den Verhandlungen der Wirtembergiſchen Abgeordnetenkammer ſehr gut nachgewieſen werden, wie man oft genug den Begriff der Abſicht auf der Zunge hatte, und gleichwohl bei dem einmal von vorn herein angenommenen Feuerbachiſchen Standpunkt gerade in den kritiſchen Fällen ſich nicht anders zu helfen wußte, als

indem man in offenbarem Widerſpruch mit der theoretiſchen Grundlage des Geſetzbuchs mittelſt der Strafbeſtimmungen das der Wahrheit gemäße Reſultat herausbrachte. — Die Einſeitigkeit des Vorſatzes erzeugt den direkten Gegenſatz deſſelben, den Zufall. Während bei jenem die objektive Seite der Handlung als ſelbſtlos in der ſubjektiven verſchwindet, ſo macht ſie ſich beim Zufall umgekehrt als unabhängig von dem Wiſſen und Wollen des Subjekts geltend; es tritt darin die urſprüngliche Fremdheit der Objekte in ihrer ganzen Schroffheit hervor. Am Zufalle mithin wird das freie Subjekt gedemüthigt; es lernt, daß es ihm nicht gegeben ſei, die endliche Welt ſchlechthin zu beſtimmen, ſondern daß es ſich ebenſowohl ein Beſtimmtwerden durch ſie gefallen laſſen müſſe. Dieſe Wahrheit tritt eben in dem Momente der kriminellen culpa praktiſch an das Subjekt heran. Das Recht des Subjekts, nur das als das Seinige anzuerkennen, was es wiſſentlich als das Seinige geſetzt hat, erleidet die weſentliche Beſchränkung, daß es auch dasjenige als das Seinige anerkennen muß, was es zwar nicht gewußt hat, aber indem es ſich zum Handeln anſchickte, hätte wiſſen können und ſollen. Die Allgemeinheit der Handlung tritt ſomit ſchon im Verſehen von der ſubjektiven Seite auf die objektive herüber. Der Handelnde ſoll an die Folgen ſeiner Handlung denken. Es iſt nicht genug, keine böſen Vorſätze zu faſſen, ſondern man ſoll ſich auch anſtrengen, nicht unvorſätzlich zu Verbrechen zu kommen. Dies ſoll man eben dadurch leiſten, daß man ſich nicht mit der willkührlichen Allgemeinheit der Reflexion, wie ſie im Vorſatze liegt, begnügt, ſondern ſich bemüht, die objektive Allgemeinheit in der Handlung ſelbſt aufzufaſſen, die Handlung ſelbſt ſich als ein Ganzes zu denken, das ſeine Theile, als eine Urſache, die ihre Wirkungen, ihre nothwendigen und mög-

lichen Folgen hat. Dies iſt eben die obligatio ad diligentiam, die von dem kulpos Handelnden übertreten wird. Dieſe objektive Allgemeinheit der Handlung ſelbſt nun, wornach ſie als die Subſtanz ihrer einzelnen Umſtände, als die Urſache ihrer Wirkungen, als ein wirklicher, lebendiger Begriff, eine Totalität für ſich erſcheint, dieſe ihre innere Natur und allgemeine Qualität macht das Subſtrat für den Begriff der Abſicht aus. So hat in dem vorgedachten Falle die Handlung des in's Herz Stechens die allgemeine Qualität der Aufhebung des lebendigen Organismus, der Tödtung an ſich, d. h. ein Vorſatz zum erſteren muß nothwendig die Abſicht zu tödten in ſich ſchließen. Hier iſt denn alſo die Handlung nicht mehr ein willkührliches Aggregat von Umſtänden, ſondern ſie hat ein inneres Band, einen in ſich nothwendigen Zuſammenhang von Umſtänden und Folgen, die ihr eigenthümlich angehören, und die nun eben ihren Thatbeſtand ausmachen (wäre man genauer und begriffsſchärfer in der Beſtimmung des Thatbeſtands der einzelnen Verbrechen, ſo würde man dies ebenſo natürlich finden, als man es findet, daß der Kauf, die Miethe ſolche objektive, ſubſtantielle Totalitäten ſind, die ihre allgemeine Natur überall und unter allen Umſtänden behalten und zu ihrem Zuſtandekommen eben die Abſicht der Kontrahenten, dieſes ihr eigenthümliches Weſen hervorzubringen, vorausſetzen). — Der Begriff der Abſicht iſt es, um den ſich der Fortſchritt in der Strafrechtswiſſenſchaft drehen muß, wie er ſich ſeiner Zeit geſchichtlich darum gedreht hat. Denn man kann kurz und treffend ſagen, daß die Feuerbach-Grolman'ſche Schuldlehre, die, trotz aller Modificationen in einzelnen Punkten weſentlich die Grundlage der herrſchenden Doktrin bildet, dem Standpunkte des römiſchen Rechts entſpricht, während es der durch das deutſche Recht gemachte Fortſchritt zum

Begriffe der Abſicht iſt, den die Wiſſenſchaft nothwendig nachholen muß, wenn ſie nicht hinter dem Leben zurückbleiben will. Es wird ſich unten zeigen, daß die ſcharfſinnigen Anhänger der Reflexionsphiloſophie bei ihrer Ausbildung der Schuldlehre auf ihrem, dem Reflexionsſtandpunkte des römiſchen Rechts entſprechenden, Gedankengebiete vollkommen in ihrem Rechte waren. Wie aber die neuere Doktrin, nachdem ſie die præsumtio doli, das Requiſit der Kenntniß des Strafgeſetzes beim dolus und andre weſentlichen Elemente jener Lehre aufgegeben hat, gleichwohl immer noch dieſelbe als allgemeine Grundlage beibehalten mag, das gehört zu den Dingen, die man kaum begreifen kann. Indeſſen wird ſich ergeben, daß die hier vorzutragende Anſicht gleichwohl auch in den gegenwärtigen Schuldlehren, namentlich auch in denſelben, wie ſie in die neueren Geſetzgebungen übergegangen ſind, mehrfache Anknüpfungspunkte findet, die nur zerſtreut umherliegen und zu einem organiſchen Ganzen zuſammengefaßt zu werden, das Bedürfniß haben.

C. Die Abſicht.

§. 104.

Der Wille als Abſicht (dolus)[1] hat zu ſeinem vorausgeſetzten Gegenſtande nicht mehr ein in ſich loſes Aggregat von äuſſern Umſtänden, ſondern ein weſentliches Ganzes, ſo daß Alles, was in Folge der Abſicht an dem objektiven Daſein verändert wird, als Beſtandtheil oder nothwendige Folge der Handlung ſich darſtellt. Der Gegenſtand der Handlung iſt nun nicht mehr das äuſſere Ding oder der Inbegriff mehrerer ſolcher äuſſeren Dinge, ſondern ihr eigener Begriff als ein Ganzes, das ſeine nothwendigen Beſtandtheile und Folgen hat

---

1) Literatur ſ. bei Wächter I. §. 78. N. 51. Feuerbach §. 54. not. 6.

und in deren Exiſtenz nur ſich ſelbſt als deren allgemeine Qualität offenbart. Eben daher erſcheint nun auch das Bewußtſein nicht mehr bloß, wie beim Vorſatze, als wahrnehmende Reflexion, ſondern als der Verſtand, der das Weſentliche an den äuſſeren Gegenſtänden erkennt und als ſeine eigenen Beſtimmungen daran vorfindet. Die Willensbeſtimmung endlich richtet ſich eben auf dieſe allgemeine Qualität der Handlung, auf das, was ihren Begriff ausmacht.

Anm. — Die für ſich ſeiende Allgemeinheit, welche nunmehr der objektiven Seite der Handlung zukommt, erſcheint theilweiſe äuſſerlich daran, daß das Objekt ein durch Natur oder Kunſt verknüpftes Ganzes iſt, wie das Leben, ein Gebäude oder dgl. Dies iſt aber nicht nothwendig, wie denn z. B. die Handlung des Stehlens keinen ſolchen äuſſeren Gegenſtand hat, an dem ſie ſich in ihrer Totalität reflektirte. Jede verbrecheriſche Handlung aber, ſie mag ein Objekt haben, welches ſie will, iſt eine ſolche ſubſtantielle Totalität, von welcher man nicht die eine Seite ſetzen, die andre aber nicht ſetzen kann. — Zu der ſo beſchaffenen Objektivität der Handlung aber verhält ſich das Wiſſen des Subjekts nicht mehr bloß als wahrnehmende Reflexion, die durch ſubjektive Willkühr beſtimmt iſt, ſondern als die nach der Natur der Gegenſtände ſich richtende, ihr inneres Geſetz auffaſſende und in ſich ſelbſt wiederfindende Reflexion, als Verſtand. Dieſes Bewußtſein greift alſo nicht mehr die eine oder andre abgeriſſene Seite der Handlung, den Stich in's Herz, das Anzünden eines Sparrens, die Beſitzergreifung an einer fremden Sache ꝛc. auf, ſondern das Allgemeine, was darin liegt, die Tödtung, Brandſtiftung, Entwendung. Der Verſtand iſt es, welcher nach allgemeinen Geſetzen urtheilt und dieſe in ihm ſelbſt gegenwärtigen, allgemeinen Geſetze auch an den äuſſeren Objekten vorfindet, ſo daß ihm dieſe Objekte

nicht mehr vereinzelte Erſcheinungen ſind, ſondern Dinge an ſich, an denen ſich das Weſen der Allgemeinheit, das Geſetz der Gattung bethätigt [1]. — Mit der Art des Auffaſſens ändert ſich aber nothwendig auch die Art des Beſtimmens. Mit der einzelnen Seite der Handlung ſetzt der Wille nothwendig auch die Totalität derſelben, der Vorſatz weitet ſich bei jedem Denkenden von ſelbſt zur Abſicht aus; und ebenſo ſtellt ſich nach vollbrachter That die Geſammtheit des Hervorgebrachten, ſoweit es als in ſich nothwendiger Zuſammenhang erſcheint, als abſichtlich dar.

§. 105.

Im Begriff der Abſicht iſt mithin die Einheit der ſubjektiven und der objektiven Seite der Handlung, jedoch auf vermittelte Weiſe, wiederhergeſtellt. Willensmoment und Thatmoment ſind im Gleichgewicht, ſowie dies unten im Begriff der vollendeten Handlung ſich wieder darſtellen wird. Der Unterſchied iſt nur der, daß hier der Wille, bei der Vollendung aber die That die Stelle des Prädikats einnimmt. Hier iſt jene Einheit als reflektirt in die ſubjektive Seite, als vermittelt durch den Willen, entſtanden. In der Form der Abſicht geſchieht es nämlich, daß ſich der Wille des Thatmoments in ſeiner Totalität bemächtigt, und in ſeiner Einheit mit demſelben ſich ſelbſt gleich bleibt. Dieſe Einheit beider Seiten, als durch den Willen beſtimmte, iſt nun, 1) unmittelbar auch der Form nach dargeſtellt in der direkten Abſicht, wo ſie mit dem Vorſatz identiſch iſt; allein 2) dieſe formelle Identität kann ſich auch zum Unterſchiede beider verkehren, während gleichwohl die Einheit des Willens mit der That als Ganzem ſich in dem objektiven Daſein der letzteren als ungebrochen reflektirt, und mithin, zwar nicht als direkte, wohl aber als indirekte Abſicht erſcheint. Indem es aber 3) der Wille iſt, welcher

1) Hegel §. 119.

in dieſer Vermittlung der ſubjektiven und der objektiven Seite der Handlung das Uebergreifende bildet, ſo nimmt er ſich aus dieſer Einheit wieder zurück und beſtimmt ſich, in ſich ſelbſt als Princip reflektirt, eben als das über die Handlung ſelbſt Uebergreifende, als materielle Abſicht oder Zweck fort.

α) Direkte Abſicht.

§. 106.

Als direkte Abſicht fällt die Abſicht mit dem Vorſatze zuſammen, was jedesmal der Fall iſt, wo der Handelnde mit Ueberlegung und Nachdenken, nicht als ſinnlich Einzelner gehandelt hat. Denn das Bewußtſein eines ſolchen kann gar nicht die verſchiedenen Seiten der Handlung als Objekte unterſchiedener Vorſätze auseinanderhalten, ſondern muß, gemäß der Natur des Ichs, alle einzelnen Vorſtellungen in den ideellen Punkt der Ichheit zuſammenzufaſſen, nothwendig auch jene einzelnen Seiten der Handlung unter die Einheit ihrer allgemeinen Qualität zuſammentreten laſſen, d. h. dem Vorſatz die konkretere Qualität der Abſicht geben.

Anm. — Treffend zeigt Michelet S. 86, daß dies gleicher Weiſe der Fall ſei, möge nun der Gegenſtand auch einen objektiven nothwendigen Zuſammenhang gehabt haben, oder dieſer nur durch den ſubjektiven Zuſammenhang aller einzelnen Umſtände im Bewußtſein erſetzt werden: „denn z. B. auch folgende vorſätzlichen Veränderungen vereinzelter Umſtände, als: fremdes Eigenthum zu ergreifen, zu verbergen, nachher zu verbrauchen u. ſ. w., enthalten, wenn alle Umſtände eben richtig aufgefaßt ſind, das allgemeine Prädikat, Diebſtahl zu ſeyn, und können nicht gedacht werden ohne die Abſicht, zu ſtehlen.“ — Wenn nun geſagt wird, daß beim Menſchen, als Denkendem, Vorſatz und Abſicht immer zuſammenfallen, ſo könnte man vielleicht den zwiſchen beiden aufgeſtellten Unterſchied für

eine philoſophiſche Spitzfindigkeit halten wollen. Allein es kann nachgewieſen werden, daß die Erkenntniß dieſes Unterſchieds nicht nur für die geſchichtliche Entwicklung des Schuldbegriffs entſcheidend, ſondern auch von bedeutender praktiſcher Wichtigkeit iſt, wie ſich dies vornämlich bei dem Begriffe der indirekten Abſicht und bei der Frage über den Beweis des dolus ergiebt. Mit der Forderung der Abſicht iſt nun Alles erſchöpft, was zur vollen Zurechnung eines beſtimmten Verbrechens gehört. Was in der Regel [1]) noch ferner von Requiſiten des dolus angegeben wird, ſind nur Nothbehelfe, welche der Mangelhaftigkeit der Definition des dolus aufhelfen ſollen. Sie führen aber zu lauter Inkonſequenzen. Uebrigens bemerkt Michelet auch dies noch treffend, daß Vorſatz und Abſicht auch empiriſch auseinanderfallen können, weil nur beim denkenden Menſchen die Veränderung einzelner Umſtände nothwendig in die gewußte und gewollte Subſtanz der Handlung übergehe, dieſe Identität daher wegfalle, ſobald der Menſch nicht als denkend betrachtet werden könne, z. B. im Zuſtande der Verrücktheit [2]).

§. 107.

Gegenüber den vorherigen Stufen der Zurechnung beſteht der Fortſchritt der Abſicht darin, daß die Momente der Willensbeſtimmung, Bewußtſein und Wille im e. S. nun zur konkreten Einheit vermittelt ſind. Auf der Stufe des Vorſatzes ſind beide unterſchieden und ihr Band iſt allein der Zufall oder die ebenſo zufällige Willkühr der ſubjektiven Reflexion. Im Zufall wird dieſe Differenz zum wirklichen Gegenſatze, der im Verſehen nur ſeine partielle und relative Aufhebung findet. Im Begriffe der Abſicht findet aber dieſe Aufhebung

---

1) Mittermaier N. Arch. II. S. 521 ff.

2) Vgl. Hegel §. 120.

vollkommen ſtatt. Denn die Seite des Bewußtſeins iſt hier als die vom Verſtande ausgehende Zuſammenfaſſung aller Seiten und Momente der Handlung zu ihrer weſentlichen Ganzheit, und ebenſo die Seite des Willens als der Entſchluß geſetzt, die Handlung gerade als dieſes weſentlich Ganze, Allgemeine zu verwirklichen. Die erſte Seite ſteht daher auch relativ nicht mehr der zweiten gegenüber, ſondern wird ein nothwendiges Moment derſelben. Eben damit iſt aber auch der Gegenſatz der objektiven und der ſubjektiven Seite der Handlung überhaupt, wie er noch im Vorſatze liegt, aufgehoben. Die allgemeine weſentliche Natur der Handlung iſt derſelbe Inhalt in beiden, nur mehr der Form nach unterſchiedenen Seiten. Mit andern Worten: dem Rechte des Subjekts, ſich nur das zurechnen zu laſſen, was es als das Seinige geſetzt hat, iſt nun mit ebenſo begründetem Anſpruche das Recht der Objektivität entgegengeſetzt, von dem handelnden Subjekte, ſofern es ein denkendes war, als gewußt und gewollt anerkannt zu werden. Daraus folgt, daß bei vorliegender Totalität einer in ſich weſentlich einigen Handlung der Handelnde ſich nie mit der Behauptung hinaushelfen kann, daß ſein Vorſatz nur auf die Veränderung einiger Seiten der Sache gegangen ſei. Der weſentliche Zuſammenhang der Handlung ſelbſt, der, wenn nur einige Seiten deſſelben im Bewußtſein lagen, nothwendig mit darin liegen mußte, widerlegt eine ſolche Behauptung und berechtigt dazu, dem Subjekte die Abſicht in Beziehung auf die weſentliche Allgemeinheit der Handlung zuzurechnen.

Anm. — Hierin liegt, wie Michelet S. 88. richtig bemerkt, keine Gefährdung des Rechts der ſubjektiven Freiheit. „Denn, weil die allgemeine Qualität der Handlung nichts Sinnliches iſt, was dem Menſchen, wie die einzelnen Umſtände, von auſſen gegeben würde, ſondern ſein eigenes Innere, als eines Denkenden, ſo

liegt ſie immer in ihm; es kommt nur darauf an, ſie durch Ueberlegung und Nachdenken ſich zum Bewußtſein gebracht zu haben; dies iſt aber die höchſte Pflicht des Menſchen, da er nicht als ſinnlich Einzelner, ſondern als Denkender, Allgemeiner handeln muß.“ — Ebenſowenig liegt aber etwa in dem Angegebenen die Aufſtellung einer präsumtio doli, was hier umſomehr bemerkt werden muß, da Michelet ſich von dieſem Mißgriffe nicht ganz frei zu erhalten ſcheint. Vielmehr wird mit dem Geſagten nichts Anderes ausgedrückt, als die deutſche Anſicht vom Weſen des dolus, die auch bei den neueren Kriminaliſten ſich geltend macht, wenn ſie den Beweis des dolus aus Indicien zulaſſen und von einem dolus ex re [1]) ſprechen. Gleichwohl muß bedauert werden, daß die neuere Doktrin, welche auch den Satz, daß das deutſche Recht dem ſubjektiven Standpunkte des römiſchen gegenüber den objektiven hervorhebe, ſtets im Munde führt, ſich den Zuſammenhang der Begriffe keineswegs gehörig deutlich zu machen pflegt. Denn es iſt leicht zu zeigen, daß die neueren Kriminaliſten, ſo lang ſie mit dem einen Fuße noch in der Feuerbachiſchen Schuldlehre ſtehen, insbeſondere den dolus als Vorſatz definiren und mit dem Begriffe der culpa dolo determinata den Begriff der indirekten Abſicht beſeitigt zu haben glauben, ganz und gar kein Recht zu ſolchen Berufungen auf deutſche Rechtsanſichten und halben Anerkenntniſſen derſelben haben, da vielmehr der Feuerbachiſche Standpunkt, wenn er irgend folgerichtig feſtgehalten werden will, von der verrufenen Zugabe der präsumtio doli abzugehen nicht erlaubt. Die Reflexionsphiloſophie hatte an der her-

1) Bauer, Abh. I. S. 276. ob. 277—283. Vergl. Mittermaier not. 1. zu Feuerbach. §. 60.

kömmlichen einfachen Definition des dolus als des böſen Vorſatzes nicht genug. Sie verlangte dazu das Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit der Handlung. Und eben dieſe Beſtimmung iſt es, welche auch bei Neueren, die dem Feuerbachiſchen Standpunkte im Ganzen abgeſagt haben, ſich erhalten hat, z. B. bei Wächter, Heffter, Abegg, Mittermaier, Marezoll, wie denn auch die neuen Strafgeſetzbücher noch nicht über dieſelbe hinausgekommen ſind [1]). Gleichwohl iſt die Inkonſequenz dieſes Eklekticismus ganz offenbar. Denn einerſeits iſt es geradezu widerſinnig, Bewußtſein der Strafbarkeit überhaupt als poſitives Requiſit des dolus zu verlangen, dagegen das Bewußtſein über Art und Größe der Strafe nicht für nöthig zu erklären; andrerſeits erkennen die Doktrinäre, wie die Geſetzbücher, ihre Inkonſequenz ſogar ſelbſt ganz offenkundig ein, indem ſie hinterher mit dem Satze kommen, daß der Rechtsirrthum den dolus nicht ausſchließe [2]). Dies iſt auch neuerdings von Luden ſehr richtig eingeſehen und weiter ausgeführt worden. Hdbuch. §. 35. not. 5. Man kann hier an einem ſehr einleuchtenden Beiſpiele erkennen, wie wenig gerade in den Kardinalfragen die Wiſſenſchaft, trotz aller ſchönen Reden über das vage Princip der Gerechtigkeit, über den Standpunkt der relativen Theorieen hinausgekommen iſt.

---

1) Eine gute Kritik derſelben ſ. bei Kitka im N. Arch. 1835. S. 219 ff. Vergl. Bauer Abh. I. S. 266.

2) Vergl. Gönner Reviſion des Begriffs des Dolus. S. 39. Kitka a. a. O. S. 231. Birnbaum N. Arch. 1837. S. 476. 483—485, der freilich ſelbſt wieder eigenthümliche Unterſchiede macht. AM. iſt wieder Bauer Abh. I. S. 251 ff. Vergl. Feuerbach Reviſ. II. S. 42—44. Kleinſchrod Syſt. Entw. I. §. 15. 135 ff. Aeltere, wie Böhmer, Koch u. A. und unter den Neueren Unterholzner ſind hier in der That konſequenter. ſ. Wächter I. S. 119, 120

So viel ſie für die Kenntniß des poſitiven Rechts und ſeiner Quellen geleiſtet hat, ſo wenig iſt philoſophiſcher Fortſchritt in ihr zu ſpüren. Was nun den vorliegenden Punkt betrifft, ſo muß man für die Strafgeſetzbücher eine Entſchuldigung anführen, die freilich ſelbſt wieder auf einem andern Mißſtande beruht. Die große Begriffs-verwirrung über den Unterſchied zwiſchen Verbrechen und Polizeiübertretung, wozu noch theils das löbliche Beſtre-ben, den Bürger möglichſt unter die Garantieen der Rechtspflege zu ſtellen, theils andre kriminalpolitiſchen Gründe kommen, haben bewirkt, daß die neuen Straf-geſetzbücher in der Regel jenen Unterſchied auf eine ganz formelle und willkührliche, der Wirklichkeit geradezu wider-ſprechende Weiſe machen [1]. Da nun der Begriff des dolus in Beziehung auf Polizeivergehen ein weſentlich andrer iſt, als in Beziehung auf wirkliche Verbrechen, unſre Geſetzbücher aber beiderlei Arten von Delikten durch-einanderwerfen, ſo kann es freilich nicht anders ſeyn, als daß ſie Begriffe von dolus und Beſtimmungen über Rechtsirrthum geben, resp. vorausſetzen, die für beide Arten paſſen ſollen und eben deshalb für jede von beiden unwahr ſind [2]. Eben deshalb iſt es aber nur um ſo mehr Aufgabe der Wiſſenſchaft, dieſen Uebelſtand in dem Fundamentalgebiete des Strafrechts aufzudecken und zu zeigen, worin ſein Grund liege. Eben dies iſt aber an der herrſchenden Doktrin zu vermiſſen, da ſie ſonſt die Einſicht haben müßte, daß ihre Definition des dolus auf den Principien der Präventionstheorie beruht und mit dieſen verworfen werden muß. Bei Feuerbach und

---

1) Vergl. Mohl im N. Arch. 1840. Beil. Heft. S. 12.

2) Dies deutet auch Birnbaum im N. Arch. 1837. S. 489 ff. richtig an.

Grolman iſt jene Definition eine Nothwendigkeit. Denn, wem das Unrecht nicht das um ſeiner ſelbſt willen Richtige, vielmehr nur ein als ſolches durch den Staat geſetztes und um des Einzel- oder Gemeinwohls willen mit Strafe bedrohtes iſt, wem die Strafe den Zweck der Abſchreckung als charakteriſtiſchen, hiemit das Strafgeſetz die Qualität eines pſychologiſchen Zwangsmittels hat, deſſen Unwirkſamkeit allein den Begriff des Verbrechens zur Entſtehung bringt, von dem verſteht ſich von ſelbſt, daß er den dolus folgerichtig nur als Vorſatz der Geſetzesübertretung definiren kann, welcher ſich ohne Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit nicht denken läßt. Dabei iſt dann aber nicht zu vergeſſen, daß die genannten ſcharfſinnigen Denker auch vor den Konſequenzen ihres Princips nicht erſchraken, als deren weſentlichſte die praesumtio doli erſcheint. Wie man nun den Grundſatz der Verhütungstheorie, ja ſelbſt dieſe praesumtio verwerfen, gleichwohl aber bei der gedachten falſchen Definition des dolus ſtehen bleiben kann, das iſt das Unbegreifliche. Freilich ſprechen auch alle neueren Kriminaliſten das Feuerbachiſche Anathema gegen den dolus indirectus nach und behaupten, daß es nur ein ex re, ex indiciis bewieſener dolus ſei, ohne zu bemerken, daß ſie eben damit die Definition des dolus als Vorſatz umſtoßen (Kleinſchrod [1]) hat es richtig gefühlt, daß der Vorſatz als ſolcher nur durch Geſtändniß bewieſen werden kann) und den Begriff der Abſicht unterſchieben. — Allerdings kommt indeſſen auch der Feuerbachiſchen Definition ihre relative Wahrheit zu, nur nicht in Beziehung auf das kriminelle, ſondern auf das polizeiliche Unrecht, da dieſes ſeine Eigenſchaft als Unrecht wirklich nur durch die poſitive Feſt-

1) Syſtem. Entwicklung I. S. 60—63.

ſetzung und eben um des Zwecks der allgemeinen Sicherheit, des Wohls willen erhält. Bei dieſem wird daher allerdings das Bewußtſein der Rechtswidrigkeit, welches in Beziehung auf das kriminelle Unrecht bei jedem Zurechnungsfähigen als vorhanden vorauszuſetzen iſt, durch die Kenntniß des poſitiven Strafverbots erſetzt, und hier ſetzt daher allerdings der Begriff des dolus das Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit als nothwendiges Requiſit voraus. Eben dies aber, was nur für das polizeiliche Unrecht Wahrheit hat, dehnt mit Feuerbach die herrſchende Doktrin auch auf das kriminelle Unrecht aus und verkehrt dadurch von vorn herein das Gebiet des Rechts in das der Polizei. Man ſieht daraus, wie tief im Fleiſche der Zeit noch der Pfahl der Abſchreckungstheorie ſteckt. Im vorliegenden Falle helfen ſich nun freilich Doktrin und Geſetze durch eine Inkonſequenz, d. h. durch die Grundſätze, welche ſie über den Rechtsirrthum aufſtellen [1]). Aber warum verbannen ſie nicht endlich ein Requiſit auch formell, das ſie materiell längſt verwerfen, und über das ein Praktiker nur lächeln kann? Warum finden wir gleichwohl in den Thatbeſtänden des beſondern Theiles jenes Geſpenſt des Bewußtſeins der Geſetzwidrigkeit immer wieder? In legislativer Beziehung würde aber freilich die Verbeſſerung des herkömmlichen Fehlers zugleich eine völlige Reform hinſichtlich des Gebiets der Rechtspflege und der Rechtspolizei vorausſetzen. Sie würde aber zugleich die heilſamſte Verbeſſerung in Beziehung auf den Thatbeſtand einer Reihe von beſondern Verbrechen herbeiführen, deſſen Beſtimmung jetzt ſeine Mangelhaftigkeit gerade nur in der vorausgeſetzten Vorſtellung des dolus als Vorſatz hat.

1) Feuerbach §. 86. Wächter I. §. 73. not. 43. Preuſſ. L.R. §. 10. Bair. G.B. Art. 71. Württ. G.B. Art. 99.

§. 108.

In ſeiner Richtung auf die Auſſenwelt iſt der dolus das Beſtreben, irgend eine Wirklichkeit hervorzubringen, in welcher ſich eben die allgemeine Qualität der beabſichtigten Handlung ausdrücken ſoll [1]. Seine Arten müſſen ſich daher nach den verſchiedenen Faktoren der Wirklichkeit beſtimmen, als welche ſich die Zufälligkeit und die Nothwendigkeit ergeben. Was nämlich wirklich werden ſoll, das muß zuvörderſt möglich ſeyn. Das Mögliche aber iſt entweder bloß möglich, d. h. zufällig, oder es iſt real möglich, d. h. nothwendig. Im erſten Falle hängt der Eintritt des Erfolgs noch von irgend welchen anderweitigen Bedingungen ab; im zweiten dagegen ſind ſämmtliche Bedingungen als vorhanden geſetzt, aus welchen nach dem naturgeſetzlichen Verlaufe die beſtimmte Wirklichkeit eintreten muß. Es kann nun der dolus entweder a) auf die reale Möglichkeit des Erfolgs gerichtet ſeyn; d. h. der Handelnde ſieht die Nothwendigkeit des rechtsverletzenden Erfolgs als eine unvermeidliche Folge ſeines Handelns ein (mag ihm nun an dem Erfolge ſpecifiſch gelegen ſeyn oder nicht) — beſtimmter dolus (d. determinatus). oder b) auf die bloße, abſtrakte Möglichkeit des Erfolgs, d. h. der Handelnde ſieht die Möglichkeit des rechtsverletzenden Erfolgs ein und giebt zu ihrem wirklichen Eintritte eventuell ſeine Zuſtimmung, — unbeſtimmter dolus (dolus eventualis), oder c) trifft beides zuſammen, d. h. der Handelnde beabſichtigt einen beſtimmten rechtsverletzenden Erfolg, ſieht aber zugleich auch die Möglichkeit noch eines andern rechtsverletzenden Erfolgs ein und willigt in denſelben für den Fall ſeines Eintritts eventuell ein [2] (der gewöhnlich ſogenannte dolus eventualis). — Keine beſonderen Arten

1) Letztere Beſtimmung, die gerade die Hauptſache ausmacht, läßt Luden in ſeiner übrigens guten Schilderung des dolus weg.

2) Berner a. a. O. S. 184—188.

bilden dagegen der ſogen. dolus alternativus, die Konkurrenz mehrerer beſtimmten Abſichten, und der ſogen. dolus generalis. Doch iſt in Beziehung auf den letzteren Folgendes zu bemerken: Es iſt der Fall möglich, daß der Handelnde in Beziehung auf daſſelbe Verbrechen mehrere aufeinander folgende Handlungen vorgenommen hat und durch eine derſelben der beabſichtigte Erfolg auch wirklich eingetreten iſt, jedoch nicht durch denjenigen Akt, durch welchen der Handelnde dieſen Erfolg herbeigeführt zu haben glaubte, ſondern durch einen andern Abſchnitt der Handlung. Hier muß man nun wohl unterſcheiden, 1) es iſt kein dolus generalis anzunehmen, wenn der Abſchnitt der Handlung, welcher den Erfolg unmittelbar herbeiführte, nicht mehr durch die allgemeine Abſicht, das Verbrechen auszuführen, determinirt war, wenn der Handelnde inzwiſchen das Verbrechen mißbilligt hatte. Ganz anders iſt aber 2) die Sache anzuſehen, wenn eine ſolche Mißbilligung nicht eingetreten war, wenn vielmehr die Abſicht, das Verbrechen ſeiner allgemeinen Natur nach zu verwirklichen, ſich durch alle Abſchnitte der Handlung fort kontinuirte. Hier kann der Irrthum des Thäters, vermöge deſſen er den eingetretenen Erfolg einem früheren Abſchnitte ſeiner Handlung zuſchreibt, demſelben ſo wenig zu Statten kommen, als es dem Tödtenwollenden zu Statten kommt, wenn er ſtatt des A aus Irrthum den B umbringt. Hier iſt daher dolus in Beziehung auf den eingetretenen Erfolg allerdings anzunehmen, aber dieſer fällt ganz unter den Begriff des beſtimmten dolus.

Anm. — Die Unterſcheidung des dolus in ſeine Arten [1]) iſt in der Doktrin eine der verworrenſten Materien ſ. Wächter §. 78. Luden §. 36. n. 2. Die

1) Vergl. Bauer Abh. I. S. 272—277. Mittermaier Note zu Feuerbach §. 59.

oben, nach **Berner** gegebene, Darſtellung ſtützt ihr Recht auf die Natur der Wirklichkeit, welche zu ſetzen das Beſtreben des abſichtlich Handelnden iſt. Hiernach iſt denn der gewöhnlich ſogen. dolus indeterminatus, der bald als eine ſelbſtändige Art, bald als Gattungsbegriff für den dolus alternativus und eventualis, bald gleich einem der letzteren genommen wird, als eigene Species aufzugeben. Ferner iſt das, was gewöhnlich dolus eventualis genannt wird (auch in neueren Geſetzbüchern, z. B. dem Wirttembergiſchen), vielmehr als Konkurrenzfall von beſtimmter und eventueller Abſicht anzuerkennen und als dolus eventualis das oben unter b) Angegebene zu bezeichnen, womit auch **Heffter** §. 65. im Weſentlichen übereinſtimmt [1]. — Daß der gewöhnlich ſogen. dolus indeterminatus (auch wohl generalis) als beſondere Species aufzugeben ſei, iſt auch von **Luden** Handb. §. 36. neuerdings anerkannt worden, nur daß er mit Unrecht auch den dolus eventualis als ſelbſtändige Art verwirft. Wenn er dies deshalb thut, weil es das Weſen des dolus überhaupt ſei, in der Entſchließung zu einer Handlung zu beſtehen, von welcher man ſich vorſtelle, daß ſie mit Beſtimmtheit eine gewiſſe Einwirkung zur Folge haben werde, ſo iſt dies eine offenbare petitio principii. Von dem dolus alternativus dagegen iſt klar, daß er ganz mit dem dolus determinatus zuſammenfällt; denn der Handelnde wollte ja hier nicht die mehreren Erfolge neben einander, ſondern nur je Einen, mit Ausſchluß der andern; er will alſo in abstracto einen beſtimmten

---

1) Vergl. auch **Mittermaier** a. a. O., der den dolus indeterm. auf dieſelbe Weiſe ſchildert, wie es hier mit dem unbeſtimmten dolus geſchieht, freilich aber wieder den d. event. (in der gewöhnlichen Weiſe) und den d. altern. als Unterarten aufführt.

Erfolg, deſſen nähere Bezeichnung er allerdings dem Zufall überläßt. Sobald hier einer der Erfolge eintrat, ſo ſind die übrigen vom Handelnden ſelbſt als aufgegeben zu betrachten. Daher iſt es unrichtig, wenn v. Hufnagel Kommentar zum Wirt. Strafgb. I. S. 118, vergl. Anhang V. S. 58. 59. hier auch jene übrigen Erfolge in die Zurechnung mit aufgenommen wiſſen will; denn dies würde mehrere kumulirte doli vorausſetzen, was dem Begriffe des Alternativen widerſpricht [1]). Was dagegen den gewöhnlich ſogen. eventuellen dolus betrifft, ſo muß hier allerdings Konkurrenz angenommen werden, d. h. wenn der beſtimmt beabſichtigte Erfolg eintrat, der eventuell beabſichtigte aber nicht, oder umgekehrt, ſo liegt Konkurrenz eines vollendeten Verbrechens aus dol. determ. mit Verſuch eines Verbrechens aus dolus eventualis vor [2]); traten beide Erfolge ein, ſo konkurriren zwei vollendete Verbrechen, das eine mit dol. determ., das andere mit dolus eventualis. Dabei verſteht ſich, daß der letztere in der Strafbarkeit niedriger gehalten werden müßte, als der erſtere: eben dann würde ſich aber als praktiſches Reſultat ergeben, was v. Hufnagel a. a. O. in Beziehung auf die Strafbarkeit des dolus eventualis ganz richtig andeutet [3]). Gegen die gewöhnliche Behandlung des eventuellen dolus bringt Luden noch eine Bemerkung vor, die zwar hierher nicht paßt, aber doch ſehr viel Richtiges enthält, ja ganz nahe daran iſt, mitten in den wahren Begriff der Abſicht zu treffen [4]). Er ſagt

1) Vergl. Luden a. a. O. S. 252. Weber N. Arch. S. 569. 570. Berner S. 186. Bad. Entw. §. 88. Mittermaier a. a. O.

2) AM. Mittermaier a. a. O.

3) Vergl. Weber a. a. O. S. 571. Henke I. S. 348. 363.

4) Vergl. Sächſ. Strafgb. Art. 31. a. E. und über den zweideutigen Ausdruck des Art. Krug Studien. I. S. 55. 56. Schüler Beiträge S. 33.

nämlich: für das Daſein des eventuellen dolus gebe es keine andre Erkenntnißquelle, als die eigene Ausſage des Angeſchuldigten; dieſe ſei jedoch für den Beweis des dolus ohne Bedeutung, welcher vielmehr aus der Objektivität der Handlung geführt werden müſſe. Offenbar ſchwebt ihm hier der Begriff der Abſicht vor, und es iſt dies als ein Fortſchritt zu betrachten, da Luden früherhin das Recht der Objektivität der Handlung nicht anerkennen wollte. Wie aber aus dem Angeführten folgen ſoll, daß ſich überall nur eine beſtimmte, nicht auch eine bloß eventuelle Abſicht, allein oder neben einer beſtimmten Abſicht, denken laſſe, das iſt nicht wohl einzuſehen, um ſo weniger, da das Leben täglich Beweiſe des Gegentheils liefert.

Iſt nun im Bisherigen mit Berner übereinzuſtimmen geweſen, ſo kann dies um ſo weniger in Beziehung auf ſeine Polemik gegen den dolus generalis geſchehen. Zwar verwerfen wir mit ihm alle diejenigen Bezeichnungen des dolus generalis, welche ihn, unter verſchiedenen Modifikationen im Einzelnen, mit dem dol. indeterminatus oder alternativus identificiren. Allein ganz anders verhält es ſich mit der oben gegebenen Bezeichnung, welche, wie Berner ſelbſt geſteht, bei den neueren Praktikern gewöhnlich iſt. Hiegegen zieht B. S. 193—223 mit großem Pathos zu Felde und ſchreibt endlich Mittermaier das Verdienſt zu, im N. Archiv 1841. S. 24 ff., auf das Widerſinnige dieſes dolus generalis aufmerkſam gemacht zu haben. Wir möchten umgekehrt das Verdienſt Webers (N. Archiv VII. S. 562 ff. [1]) aner-

1) Vergl. auch Grolman Bibl. I. 3. S. 233 ff. Wächter II, S. 127, 128. Heffter §. 233. n. 2. Oerſted Grundregeln S. 242, welchem Kitka in Wagners Zeitſchr. 1832. I. S. 168. 169 in der

kennen, auf jene Form der Abſicht zuerſt aufmerkſam gemacht zu haben. Berner hat Recht, wenn er den Fall des dolus generalis, wie er gewöhnlich aufgeſtellt wird, angreift und behauptet, daß in den darunter rubricirten Beiſpielen häufig nur eine Konkurrenz von Verſuch und vollendetem kulpoſen Verbrechen vorliege. Aber er unterſcheidet ungeſchickt, wenn er die Differenz darein ſetzt, ob der Handelnde durch den erfolgreichen Akt den vorhergehenden habe verbergen oder beſtätigen wollen. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob die ganze Handlung als Eine, durch Eine kontinuirliche Abſicht beſtimmte, aufzufaſſen iſt, oder ob man ihre verſchiedenen Momente als ſelbſtändige Akte auseinanderzuhalten hat. Erſteres iſt nun allerdings immer der Fall, wo der Thäter durch einen zweiten Akt einen erſteren bloß beſtätigen wollte; aber das bloße Verbergenwollen kann ebenſogut unter das erſte, als unter das zweite Glied des richtig aufgefaßten Gegenſatzes fallen; und, dies nicht eingeſehen zu haben, iſt ein Verſtoß von Berner. Wenn er allerdings vorausſetzt, daß auch im Falle des bloßen Verbergenwollens jedesmal dol. gen. angenommen werde, ſo hat er hiegegen freilich mit dem Einwurf Recht, daß darin eine unſtatthafte praesumtio doli liege. Allein es iſt nur ſein Fehler, daß er den Gegenſatz nicht richtig aufgeſtellt hat. Was die vielbeſprochenen Fälle des Wirthſchaftsſchreibers Tarnow (Klein Annalen XVI. S. 1 ff.) und des Zimmergeſellen Kleina (Mannkopf Jahrb. I. S. 243 ff. [1]) betrifft, ſo deutet B. bei dem erſteren ſelbſt an, daß nur die Ungeſchicklichkeit des Inquirenten den

Note ſonderbarer Weiſe die entgegengeſetzte Anſicht zuſchreibt. K. ſelbſt macht einen Transaktionsverſuch mittelſt einer praesumtio doli.

1) ſ. auch N. Arch. V. S. 375—422.

Angeſchuldigten von der Strafe des Rads wegen Tödtung aus dolus generalis gerettet haben möge. Er citirt dabei die Bemerkung Kleins: „der Rechtsgelehrte befindet ſich oft in dem Falle, daß er bei dem, welcher allein den geſunden Menſchenverſtand zu Rathe zieht, für einen Grillenfänger gilt. Allein ich frage dagegen: Soll der Richter ſich nur mit der Anſicht der Auſſenſeite der Handlung begnügen? Soll er nicht tiefer eindringen? Soll er die zuſammengeſetzte Handlung nicht in ihre Beſtandtheile auflöſen?“ Eben die letzten Worte, welche Berner geſperrt hat drucken laſſen, hätten ihn auf die richtige Einſicht führen können, daß der Juriſt die Handlung allerdings in ihre Beſtandtheile aufzulöſen hat, ſobald ihre Einheit nur eine ſcheinbare iſt, daß er ſie aber um ſo gewiſſer als einen bloßen einheitlichen Zuſammenhang verſchiedener, Einer Abſicht untergeordneten, Momente zu behandeln hat, wo ſich eben zeigt, daß die Abſicht ſich durch alle Abſchnitte fort kontinuirt hat, mag auch der Erfolg zunächſt einem andern zuzuſchreiben ſeyn, als durch welchen der Handelnde den Erfolg hervorzubringen ſich vorgeſetzt hatte. Auch wäre wohl zu beherzigen geweſen, was Klein ſogleich noch beifügt, daß er nämlich ſtets mißtrauiſch werde, ſobald das Reſultat der feineren Beobachtungen von dem Totaleindrucke, welchen die Handlung im Ganzen auf den Gemeinſinn mache, wirklich abweiche, daß aber ein wahrhaft philoſophiſcher Rechtsgelehrter ſich auch über Modetheorieen (Klein meint eben die „feinen Analyſen“) erheben müſſe und dies gewiß um ſo eher thun werde, jemehr er den Gemeinſinn zu Rathe ziehe und die dabei zu Grunde liegenden Vorſtellungen entwickle[1]). Freilich findet nun aber Berner

1) Vgl. Jenull in Wagners Zeitſchrift 1826. I. S. 311, 312.

gerade die Berufung auf das natürliche Gefühl und den geſunden Menſchenverſtand anſtößig und greift deshalb namentlich das Urtheil des preußiſchen Kammergerichts, welches in dem Falle des Kleina, übereinſtimmend mit dem Oberlandesgerichte zu Marienwerder und dem Tribunal des Königreichs Preußen zu Königsberg, vollendete Tödtung aus dolus generalis angenommen hat, ſehr ſtark an. Er wirft ihm vor, daß moraliſche Anſchauungen und natürliche Gefühle ſein Raiſonnement beſtochen haben, daß es ſich deßhalb auch, ſtatt die vorliegende Geſchichtserzählung zu zergliedern, hinter unbeſtimmte Worte, wie: allgemeine Abſicht, allgemeine Handlungsweiſe u. dgl. zurückziehe. Seine beſtimmteren Einwürfe aber ſind folgende: a) jede Handlung beſtehe in der Vermittlung von Willen und That; es komme daher ganz darauf an, ob zwiſchen dem erfolgten Tode und der Abſicht zu tödten die Vermittlung vorhanden ſei, oder nicht. Dies ſei aber nicht darnach zu beurtheilen, ob dem Angeſchuldigten ſeine Handlung zur Erreichung ſeiner Abſichten geeignet geſchienen habe, ſondern ob der Wille das reale, in der Objektivität wirkſame, Princip des Erfolgs geweſen ſei. — Das Alles iſt unzweifelhaft richtig, wird aber auch weder von uns, noch von dem Kammergerichte beſtritten. Allein Berner ſelbſt führt die treffende Einwendung an, daß „allerdings oft mehrere Handlungen als Ein Ganzes betrachtet werden müſſen.“ Iſt dem ſo, dann iſt auch in einem ſolchen Falle die Vermittlung zwiſchen Abſicht und Erfolg vollkommen vorhanden. Freilich ſagt nun aber unſer Gegner b) Ein Ganzes werden ſolche mehreren Handlungen nur dadurch, daß ſich durch ſie die verbrecheriſche Abſicht hindurchziehe, und zwar nicht etwa bloß im Allgemeinen verbrecheriſche Abſicht, ſondern die Abſicht auf Hervorbringung dieſes beſtimmten Verbrechens. Gerade

das aber ſei bei Kleina nicht der Fall geweſen. Das Werfen in's Waſſer werde eben durch die ganz verſchiedene Abſicht von der früheren Handlung des Erdroſſelns abgelöst. Auch hier iſt wieder der allgemeine Satz vollkommen richtig; ja ſelbſt der Tadel gegen das Kammergericht, ſofern dies nur von einer im Allgemeinen ſchädlichen Abſicht ſpricht, nicht ungerecht. Allein die Anwendung des richtigen Grundſatzes auf den vorliegenden Fall iſt verkehrt. Bei Kleina hat eben — nicht bloß eine im Allgemeinen ſchädliche Abſicht, ſondern — die beſtimmte Abſicht, das beſtimmte Verbrechen des Mords zu begehen, durch alle Abſchnitte der Handlung ſich hindurchgezogen. Es liegt dies ſchon in einem bemerkenswerthen Umſtande, den er ſelbſt angiebt, daß nämlich der Erdroſſelte eben bei Abnahme des Stricks, unmittelbar vor dem in's Waſſer Werfen, noch ein Lebenszeichen von ſich gegeben habe. Zwar will nun der Thäter die Ueberzeugung gehabt haben, daß dies das letzte geweſen ſei, und bei dem Werfen in's Waſſer nicht den Vorſatz zu tödten gehabt haben. Allein die Unwahrſcheinlichkeit dieſer letzteren Behauptung liegt auf der Hand, und es dürfte ſehr nahe gelegen haben, den Thäter ſogar des Vorſatzes zu tödten auch bei dem letzteren Akte aus den Umſtänden zu überführen, welcher Beweis dann keineswegs mit einer præsumtio doli abzufertigen geweſen wäre. Man kann jedoch hievon abſehen und die Anſicht **Berners** ganz aus ſich ſelbſt widerlegen. Zugegeben, daß Kleina den Erdroſſelten in's Waſſer geworfen habe zunächſt nur in dem Vorſatze, den Verdacht des Mords von ſich abzuwälzen, — ſo fragen wir: ſchließt denn dieſer Vorſatz die Abſicht zu morden aus? Iſt nicht dieſes propositum gerade nur ein Moment des durch die ganze Handlung ergoſſenen animus occidendi? Oder — um mit **Berner**

zu reden — lag nicht in der zweiten Handlung ganz offenbar eine Beſtätigung der erſten, gerade wie dies auch bei dem Schreiber Tarnow behauptet werden muß? Wenn dies nicht angenommen werden ſollte, ſo müßte in dem Verlaufe der ganzen Handlung ein Moment nachgewieſen ſeyn, wo der animus occidendi abgebrochen, eine Mißbilligung dieſer Willensrichtung eingetreten wäre. Sobald dies aber nicht der Fall iſt, ſo kann den Behauptungen des Handelnden über ſeine beſchränkteren Vorſätze kein Glauben geſchenkt, ſeinen Irrthümern kein Einfluß auf die Beurtheilung ſeiner Handlung verſtattet, es muß dieſe als ein fortlaufendes, durch Eine determinirte Abſicht beſtimmtes, Ganzes betrachtet werden. In einem ſolchen Falle die einzelnen Abſchnitte zu ſondern, iſt bloß Spitzfindigkeit der Reflexion, welche die wahre Natur des dolus nicht aufzufaſſen vermag und ihn mit dem durch die Willkühr der Subjektivität beſtimmten Vorſatze verwechſelt. Die verſtändige Analyſe iſt allerdings überall am Platze, wo ſie hingehört. Aber Berner hat ſehr Unrecht, wenn er meint, der dolus generalis könne nur dadurch gerettet werden, daß man die Sache in den Nebel der Unbeſtimmtheit und Allgemeinheit hülle. Wir mißbilligen allerdings ſolche abſtrakten Bezeichnungen deſſelben, wie ſie ſich z. B. auch im Wirtemb. Strafgeſetzbuche finden (Art. 56), da man keine bloße „Stimmung," und keinen bloßen „Hinblick" ſtrafen kann, ſondern nur wirkliche Abſichten. Allein ſolche Bezeichnungen enthalten doch wenigſtens implicite den Kern der Sache, der nur daraus hervorgehoben werden darf, um ihn ſogleich gegen den Vorwurf bloß unbeſtimmter Vorſtellungen zu ſichern. Man hat dabei in der That nichts Andres im Sinn, als den Begriff der Abſicht im Unterſchiede von dem des Vorſatzes, und bahnt dadurch einem wiſſenſchaftlichen Fortſchritte den Weg, wie

denn auch bei Gelegenheit des dolus generalis in der Wirtemb. Abgeordnetenkammer vom Miniſtertiſch aus mit Recht geſagt wurde, es liege in dem Beſchluſſe der Verſammlung ein Triumph des geſunden Menſchenverſtandes über die grübleriſchen Spitzfindigkeiten der Juriſten. Der dolus generalis iſt freilich keineswegs eine beſondere Species des dolus, wie dies allerdings auch das Wirt. Strafgb. noch annehmem muß, weil es im Ganzen noch die Feuerbachiſche Schuldlehre zu ſeiner theoretiſchen Baſis hat, ſondern er fällt lediglich unter den Begriff des dolus determinatus, aber freilich ſetzt dieſe Einſicht die richtige Einſicht in die Natur des dol. determ. ſelbſt voraus. In beiden angef. Fällen war nun eine beſtimmte Abſicht, der animus accidendi vorhanden, und der entſprechende Erfolg wurde durch die Handlungen der Thäter herbeigeführt. Zwar waren nun dieſe der irrigen Meinung, daß ein früherer Abſchnitt ihrer Thätigkeit den Erfolg herbeigeführt habe, und die zunächſt den Erfolg entſcheidende Thätigkeit ſtand deshalb nicht mehr unter dem propositum occidendi. Allein das erſte propositum war dabei keineswegs zurückgenommen, ſondern wurde durch das zweite gerade noch beſtätigt. Sie handelten jetzt in dem Willen, das Verbrechen vollbracht zu haben, und wollten nur die Schuld von ſich wegſchieben. Dieſer weitere Abſchnitt ihrer Handlung ſteht daher noch ganz unter dem dolus occidendi, und darf nicht für ſich abgelöst werden. Ganz verkehrt iſt es aber, denſelben unter den Begriff der culpa zu ſubſumiren, was ja gerade das Aufgehörthaben des animus necandi vorausſetzen würde. Nur dann, wenn ſich ein entſcheidendes Abbrechen der Abſicht nachweiſen läßt, kann die Handlung zertheilt und als bloßer Verſuch, mit dem ein Verſehen ſich verband, angeſehen werden. Aber der Beweis eines ſolchen Abbrechens kann nicht durch die bloße Behauptung

des Angeſchuldigten geführt werden, die von der Objektivität ſeiner Handlung Lügen geſtraft wird. Er ſetzt vielmehr die Nachweiſung voraus, daß die Mißbilligung der verbrecheriſchen Abſicht auch wirklich an den Tag gelegt worden ſei. Wer uns aber ſagt, er habe ſeine Abſicht erreicht geglaubt und nun nur noch den Leichnam verbergen wollen, der macht uns wahrlich jenes Abbrechen der böſen Abſicht nicht wahrſcheinlich. Das altdeutſche Recht ſah gerade in dieſem Verbergen des Leichnams mit das Kriterium der niederträchtigſten Form des Verbrechens, — und unſere Doktrin läßt es dem Verbrecher zu Gut kommen, um die Diſtinktionen ihrer ſuperklugen Reflexion anzubringen. Man darf nicht erſt fragen, auf welcher Seite das lebendigere, ſittlichere Rechtsbewußtſein liege. — c) Aus einem anderen Grunde hält nun allerdings auch Berner in den gewöhnlich unter den Begriff des dolus generalis geſtellten Fällen, und zwar ohne Unterſchied, ob durch die zweite Handlung eine Beſtätigung der erſten beabſichtigt war, oder nicht, die ordentliche Strafe des vollendeten Verbrechens für gerechtfertigt. Er findet nämlich das delictum perfectum (d. i. den geendigten, aber erfolgloſen Verſuch) ebenſo ſtrafbar, als das wirklich vollendete Verbrechen [1]). Der Anſicht der Praktiker über den generellen dolus wirft er aber vor, daß ſie materiell und roh ſei, ſofern ſie auf das ganz Aeuſſerliche Gewicht lege, ſich ganz nur von dem ſinnlichen Eindruck des wirklich eingetretenen Erfolgs beſtimmen laſſe, ebenwie ſich dies auch in der Anſicht von der geringeren Strafbarkeit des delictum perfectum an den Tag lege [2]). Dieſer Vorwurf kann, ſoweit er das delic-

1) Vergl. auch Oerſted Grundregeln S. 163. 164.

2) ſ. auch Zachariä Lehre vom Verſuch I. § 146 — 149.

tum perfectum betrifft, erſt unten bei der Lehre vom Verſuch näher gewürdigt werden. Hier mag nur über zweierlei Verwunderung ausgeſprochen werden, nämlich theils darüber, daß der Verf. ſo unbedenklich nicht etwa nur eine theoretiſche, ſondern eine dem deutſchen Rechte ſelbſt in Fleiſch und Blut gewachſene Anſicht verdammen mag, theils darüber, wie er als Vertheidiger der Grundſätze der neueren Philoſophie den Widerſpruch nicht eingeſehen hat, worin er ſich mit ſich ſelbſt ſetzt, wenn er das Recht der Objektivität ſo geradezu für nichts achtet. Was aber den dolus generalis angeht, ſo fällt der Vorwurf der äuſſerlichen und durch den ſinnlichen Eindruck beſtimmten Betrachtungsweiſe ganz nur auf die von Berner vertheidigte Anſicht zurück. Denn ſie iſt es, welche das innerlich und geiſtig Verbundene auseinanderzerrt und mechaniſch zerlegt. Es iſt dies dieſelbe Anſicht, welche auch dann keine vollendete Tödtung annimmt, wenn einer, der den A tödten will, aus Verwechslung den B umbringt, gleich als ob das Weſen der Tödtung nicht wäre, überhaupt einen Menſchen des Lebens zu berauben, ſondern den Hans oder den Kunz. — Am wenigſten gerechtfertigt erſcheint die — übrigens ganz ohne Beweis hingeſtellte — Behauptung, daß die Annahme des dolus generalis gegen das gemeine deutſche Recht verſtoße. Denn, ſehen wir auf das römiſche Recht; ſo verlangt dies für ſolche Fälle die ordentliche Strafe ſchon deshalb, weil es überhaupt den irgendwie manifeſtirten verbrecheriſchen Willen damit bedroht. Das deutſche Recht aber iſt es gerade, welches den Begriff des dolus in der tieferen Bedeutung der Abſicht zum Bewußtſein gebracht hat, woraus dann ganz von ſelbſt hervorgeht, daß in den fraglichen Fällen die Handlung mit ihren mehreren Abſchnitten als Ein Ganzes angeſehen und eben nur in dieſem objektiven (durch die

die Einheit der Abſicht verknüpften) Ganzen das reale Prinzip des Erfolgs geſucht werden muß.

§. 109.

Was überhaupt den Einfluß des Irrthums auf den Begriff des dolus betrifft, ſo ſind hier verſchiedene Beziehungen zu unterſcheiden. Vom Rechtsirrthume iſt hier überall noch nicht die Rede, wo bloß die formelle Zurechnung in Frage ſteht. Hinſichtlich des Irrthums in Thatumſtänden dagegen iſt ſchon oben als Grundſatz feſtgeſtellt worden, daß er, ſoweit er unverſchuldet ſei, die Zurechnung ganz oder theilweiſe aufhebe, ſoweit eben die Handlung durch denſelben bedingt ſei. Dabei iſt dann nur zu bemerken, daß die meiſten Verbrechen überall bloß mit Abſicht begangen werden können, daher ihr Begriff durch den Irrthum überall ausgeſchloſſen wird, ſelbſt durch den verſchuldeten. Auch iſt nicht zu überſehen, daß die Handlung, obgleich der Irrthum eine beſtimmte verbrecheriſche Qualität abſorbirt, gleichwohl noch eine andre beibehalten kann, was immer dann der Fall iſt, wenn aus Irrthum ein qualificirtes Verbrechen verübt worden iſt, während der Thäter nur die Verübung eines gemeinen in ſeinem Bewußtſein trug. Ob dann hinſichtlich der Qualifikation ein Verſehen anzunehmen ſei, hängt wiederum ganz von der Natur des beſtimmten Verbrechens ab. — Schwieriger erſcheinen nun aber folgende Fälle. 1) Der Thäter handelt in verbrecheriſcher Abſicht, aber vermöge eines Irrthums erfolgt objektiv entweder gar keine oder eine geringere Rechtsverletzung. 2) Derſelbe handelt in verbrecheriſcher Abſicht, aber vermöge eines Irrthums führt er das beabſichtigte Verbrechen nicht an dem ſpecifiſchen Gegenſtande aus, auf welchen er es abgeſehen hatte, dagegen an einem andern, an welchem das Verbrechen überhaupt ſeine Natur nicht verändert. Es iſt aber klar, daß der Irrthum ſeine allgemeine Natur auch in dieſen Fällen beibehalten muß. Wie daher das im Irrthum verübte dem Thäter nicht zum

Nachtheile zugerechnet wird, wo er nach den ihm bekannten faktiſchen Umſtänden keine oder eine geringere Rechtsverletzung hervorzubringen glaubte, resp. glauben mußte, ſo darf ihm der Irrthum andrerſeits auch nicht zu ſeinem Vortheil zugerechnet werden, wenn nur vermöge des Irrthums ſelbſt eine beabſichtigte Rechtsverletzung gar nicht oder (quantitativ oder qualitativ) anders zu Stande kam. Die Handlung bleibt daher in ſolchen Fällen verbrecheriſch, und zwar im Fall 1) verſuchtes, im Fall 2) vollendetes Verbrechen (ſ. unten). Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß in dieſen Fällen immer das Princip der eingetretenen objektiven Exiſtenz in der verbrecheriſchen Abſicht gelegen haben muß, daher mit denſelben die ganz verſchiedenen Fälle nicht verwechſelt werden dürfen, wenn an die Ausführung einer verbrecheriſchen Abſicht ein rechtsverletzender Erfolg ſich anhängt, der ſein Princip in einer auſſerhalb der Handlung liegenden Urſache hatte. Ein ſolcher Erfolg kann als zufälliger, oder als kulpoſer, oder als doloſer erſcheinen; aber die Frage iſt hier eine durchaus andere, nämlich die: ob die Wirkung einer der Handlung fremden Urſache von dem Handelnden berechnet oder nicht berechnet worden ſei, und ob ſie im letzteren Fall wenigſtens hätte berechnet werden können. Hier handelt es ſich alſo nicht von einem Irrthum in Beziehung auf die unmittelbare Exiſtenz der Handlung ſelbſt, ſondern nur von einem Irrthum in Beziehung auf deren mögliche Folgen oder begleitende Umſtände, die mit der Natur der Handlung ſelbſt nichts zu thun haben. — Das Princip läßt ſich dahin zuſammenfaſſen: durch den Irrthum kann die Natur der Abſicht, als des bewußten Willens, eine Handlung in ihrer allgemeinen Qualität zu realiſiren, in keiner Weiſe alterirt werden; daher kann weder eine Handlung, bei der das Subjekt gerade über einen ſolchen Theil des Thatbeſtands in Irrthum iſt, wodurch ſie überhaupt zum Verbrechen oder zu einem ſchwereren Verbrechen wird, jemals als eine

doloſe gelten, noch kann umgekehrt der dolus bei einer Handlung dadurch hinwegfallen, daß ſich der Verbrecher in Beziehung auf ſolche faktiſche Umſtände irrt, deren Nichterиſtenz die Handlung verhindert, entweder überhaupt ihren Erfolg oder doch einen beabſichtigten ſchwereren Erfolg zu entwickeln (ſo lang nur die Handlung überhaupt ihre allgemeine Qualität behält); endlich aber iſt es völlig indifferent, ob die Handlung gerade an dem ſpeciellen Gegenſtande realiſirt wird, welchen der Thäter zunächſt vor Augen hatte, oder an einem andern, in Beziehung auf welchen die Handlung ganz dieſelbe allgemeine Qualität offenbart.

Anm. — In Beziehung auf den Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit läßt ſich auch nach den neueſten Unterſuchungen von Geib, Luden und Pfotenhauer[1]) nicht ſagen, daß über das Princip ein vollkommen klares Bewußtſein vorhanden wäre, obgleich die beiden Letzteren, in weſentlicher Uebereinſtimmung mit der herrſchenden Doktrin, im Reſultate ganz das Richtige treffen. Ein großer Fehler iſt es hier, wie ſo oft in unſrer Wiſſenſchaft, daß Verſchiedenartiges untereinandergeworfen, Zuſammengehöriges zerriſſen, und neben richtiger Entſcheidung einzelner Fälle die klare Feſtſtellung und Durchführung des Princips verſäumt wird. So wird von Luden Abh. II. S. 545. ff. die Frage über den Rechtsirrthum auf eine keineswegs die Klarheit befördernde Weiſe eingemiſcht. Geib verwirrt die Frage dadurch, daß er die ſogenannten aberrationes delicti und einfache Fälle der Konkurrenz zwiſchen dolus und culpa mit herbeizieht. Dagegen ſpricht z. B. Heffter[2]) vom Einfluß

1) Geib N. Arch. 1837 S. 561. 1838 S. 36. Pfotenhauer de del. per err. in pers. Comm. Derſ. der Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit.

2) Vgl. auch denſelben im N. Arch. XII. S. 278 ff.

des Irrthums an ganz verſchiedenen Stellen, §. 36, 56, 70. Andre, wie Wächter, bringen die bedeutendſten Fragen erſt im beſondern Theile vor. Andrerſeits weist Geib Momente, die nothwendig hierher gehören, ausdrücklich ab, um die Sache ſofort mit andern in Verbindung zu bringen und dadurch das Princip zu verfehlen [1]).

Zuvörderſt iſt hier vom Rechtsirrthum ganz abzuſehen, und vielmehr nur darnach zu fragen, welchen Einfluß der Irrthum in Thatumſtänden auf die Zurechnung überhaupt und beſonders auf die Zurechnung zum dolus habe? Nun iſt anzuerkennen, daß die herrſchende Doktrin hierauf die ganz richtige Antwort giebt, daß durch ignorantia facti der Begriff des doloſen Verbrechens immer, der des kulpoſen dagegen nur dann ausgeſchloſſen werde, wenn die Unwiſſenheit eine unverſchuldete ſei. (Marezoll §. 28); wozu dann in der Regel an anderen Stellen bemerkt wird, daß keineswegs jede verbrecheriſche Handlung auch die Möglichkeit der bloß kulpoſen Begehung einſchließe. Heffter §. 69. Gegen dieſe herkömmliche Lehre opponirt ſich zwar (ſ. o.) Luden, indem er überhaupt den Zuſammenhang zwiſchen den Lehren vom Irrthum und von der culpa aufgehoben wiſſen will. Indeſſen iſt ſchon oben gezeigt worden, daß für das praktiſche Reſultat der viele Scharfſinn, den Luden bei dieſer Gelegenheit aufwendet, eigentlich verſchwendet iſt. Denn immer, wenn er an das praktiſche Reſultat kommt, begegnen wir der Wendung: Ob der Handelnde die Vorſtellung gehabt habe, nicht zu wiſſen, daß er durch ſeine Handlung die Rechtsverletzung nicht hervorbringen werde, ſei eine faktiſche Frage; daß er ſie aber gehabt habe, müſſe angenommen werden, ſobald der Handelnde

1) Vgl. noch beſonders Mittermaier Note 1. zu Feuerbach §. 57.

in einer Weiſe thätig geweſen ſei, daß nach der allgemeinen Erfahrung die nächſten Urſachen des rechtsverletzenden Erfolgs zwar nicht nothwendig in Wirkſamkeit geſetzt werden mußten, aber doch in Wirkſamkeit geſetzt werden konnten. Z. B. wenn Jemand unwiſſend Gift eingab, ſo handle er kulpos, wenn er nach der allgemeinen Erfahrung ſich habe vorſtellen müſſen, nicht zu wiſſen, ob die Subſtanz Gift ſei oder nicht; oder: wenn Jemand an einem gangbaren Ort ſchieße und einen Andern tödte, ſo begehe er ein kulpoſes Verbrechen, weil er nach der allgemeinen Erfahrung ſich einen Erfolg dieſer Art als möglich habe vorſtellen müſſen. Dies Alles iſt doch aber in der That nur eine Umſchreibung der gewöhnlichen Lehre, daß der vermeidliche Irrthum nicht entſchuldige, ſondern nur der unvermeidliche. Denn ein vermeidlicher Irrthum wird in der Regel eben dann anzunehmen ſeyn, wenn der Handelnde nach der allgemeinen Erfahrung den ſchlimmen Erfolg als möglich annehmen mußte, ein unvermeidlicher dann, wenn der Handelnde in der allgemeinen Erfahrung einen Grund zur entgegengeſetzten Annahme hatte. Mittelſt dieſes Herbeiziehens der „allgemeinen Erfahrung" geräth ſogar Luden in Gefahr, in den von ihm bitter getadelten Irrthum der gemeinen Doktrin zu fallen, welche den Begriff der mäßigen Sorgfalt aus dem bürgerlichen Rechte in's Strafrecht überträgt. Indeſſen ſagt er doch wieder richtig, daß der Handelnde nicht bloß nach der allgemeinen Erfahrung, ſondern nach den Bedingungen ſeiner eigenen Individualität zu beurtheilen ſei, womit er im praktiſchen Reſultate ganz mit der von uns gegebenen Entwicklung der Sache übereintrifft, nur mit dem Unterſchiede, daß dieſe die Unſchicklichkeit einer præsumtio culpæ vermeidet. —

So richtig nun aber der gedachte Satz der gewöhn-

lichen Doktrin iſt, ſo wenig findet ſich jedoch eine feſte und erſchöpfende Durchführung des darin angewandten richtigen Princips. So ſtellt z. B. Heffter §. 56 jenen Grundſatz ganz richtig auf, fährt dann aber fort: „dagegen hebt es die Zurechnung nicht auf, wenn ein an ſich unerlaubtes Handeln bloß durch Irrthum ein andres Objekt, als das gewollte, traf oder wenn es in eine andre Rechtsverletzung ausartete.“ Iſt ſchon dieſer Gegenſatz auffallend, da doch die fragliche Beſtimmung nur eine Konſequenz deſſelben Princips iſt, ſo iſt es noch auffallender, daß §. 36 ein unmögliches Verbrechen dann angenommen wird, wenn Jemand eine beſtimmte verbrecheriſche Abſicht an einem dazu ganz untauglichen Objekte ausüben wollte, ſowie denn §. 76 daſſelbe hinſichtlich des Verbrechens mit untauglichen Mitteln behauptet wird, oder wenn im §. 70 unter der Rubrik der Aberrationen Fälle zuſammengeſtellt ſind, die keineswegs zuſammengehören. Im Texte iſt nun das allgemeine Princip aufgeſtellt und ſeine Anwendung in den verſchiedenen möglichen Beziehungen angegeben. Daraus erhellt, daß die Fragen über das Verbrechen an untauglichen Objekten oder mit untauglichen Mitteln, ferner über die Verwechslung des einen unmittelbar tauglichen Objekts mit einem andern dergleichen, ferner über ein gemeines Verbrechen, in welchem der Thäter irrthümlich ein qualificirtes zu begehen glaubt, ferner über die Aberrationen, ſofern ſie von den wirklichen Konkurrenzfällen von dolus und culpa unterſchieden werden müſſen, — daß alle dieſe Fragen zuſammengehören und aus einem Grundprincip beantwortet werden müſſen, und zwar eben aus demſelben, welches dem herkömmlichen Grundſatze über die Zurechnung des Irrthums zu Grunde liegt. Denn in allen dieſen Fällen handelt es ſich um dieſelbe allgemeine Frage:

kann eine Abſicht durch einen faktiſchen Irrthum ihre Natur verlieren? Entweder liegt nämlich 1) eine nicht-verbrecheriſche Abſicht, resp. die Abſicht zu einem geringeren Verbrechen vor; der Handelnde befindet ſich aber in faktiſchem Irrthum, und vermöge dieſes Irrthums wird überhaupt erſt eine Rechtsverletzung oder eine größere Rechtsverletzung, als die gewollte, hervorgebracht, — hier giebt die Doktrin die richtige Entſcheidung, daß die Rechtsverletzung überhaupt oder das nicht gewußte Mehr niemals zum dolus zugerechnet werden könne, d. h. daß die Handlung ganz oder theilweiſe den Charakter einer rechtlichen behalte. Eine andre Frage iſt dann die, ob der Irrthum nicht etwa vermeidlich war, in welchem Falle, je nach der Natur des vorliegenden Delikts, der Erfolg zur culpa zugerechnet werden kann, oder auch nicht (wie beim Diebſtahl, Ehebruch ꝛc. ꝛc.). Oder aber: 2) es liegt eine verbrecheriſche Abſicht, resp. die Abſicht zu einem größeren Verbrechen vor; der Handelnde befindet ſich aber in faktiſchem Irrthum über den unmittelbaren Gegenſtand oder die Mittel ſeiner Handlung[1]), und vermöge dieſes Irrthums geſchieht es, daß das beabſichtigte Verbrechen objektiv entweder gar nicht, oder doch zu einer geringeren Rechtsverletzung ſich entwickelt; — hier muß nun begreiflicher Weiſe ganz daſſelbe Princip, wie oben, zur Anwendung kommen, d. h. das gar nicht oder relativ nicht erfolgte Eintreten des Erfolgs darf dem Handelnden nicht zu Gut gerechnet werden, die Handlung bleibt eine verbrecheriſche. Allein Viele unſrer Kriminaliſten ſprechen gerade das Gegentheil aus, und auch die-

1) Ganz etwas andres iſt der Irrthum über das Objekt des Verbrechens ſelbſt, d. h. die falſche Vorſtellung, daß etwas ein Verbrechen ſei, was in Wahrheit keines iſt. Dies iſt kein faktiſcher, ſondern ein Rechtsirrthum, gehört daher gar nicht hierher.

jenigen, welche im Reſultate das Richtige treffen, leiten es doch nicht immer, wie es geſchehen muß, aus dem Principe ab. Das Nähere hierüber ſ. unten bei der Lehre vom Verſuch. 3) Ebenſo verhält es ſich mit dem Falle des verwechſelten tauglichen Objekts und dem richtig begrenzten Falle der aberratio delicti. Auch dieſe Fälle können ihre Entſcheidung lediglich aus dem allgemein über den Irrthum geltenden Princip erhalten. Gleichwohl ſehen wir aber auch hier die Doktrin bald ſchwanken, bald die Fälle zerreiſſen, bald andre willkührlich hierherziehen, bald die Frage zwar richtig entſcheiden, aber nicht aus dem Princip oder gar nur bei einzelnen Verbrechen. — Da nun eben die letztere Frage durch Geib [1]) einer neuen Diskuſſion unterworfen worden iſt, ſo mag auf ſeine Ausführung hier etwas näher eingegangen werden.

Freilich iſt ſogleich die Einleitung etwas wunderlich. G. erklärt es für den Hauptfehler der gewöhnlichen Doktrin, daß ſie die Frage in der Regel nur bei Gelegenheit der Tödtung und Injurie abhandle. Gleich darauf entſchuldigt er dies jedoch ſelbſt damit, daß auſſerdem allerdings nur in den allerſeltenſten Fällen ein ähnliches Verhältniß vorkommen werde. Gleichwohl ſagt er aber wieder, die Möglichkeit eines ſolchen Verhältniſſes finde in der Regel bei allen Verbrechen ſtatt, und es ſollte daher die Kontroverſe als allgemeine Regel für alle Verbrechen im allgemeinen Theile, und zwar bei der Lehre vom dolus entſchieden werden. Letzteres iſt ganz richtig, aber nicht aus den angeführten widerſprechenden Gründen, ſondern

1) Vgl. Geſterding N. Arch. III. S. 486. Zachariä Verſuch I. S. 274. Temme Lehre von der Tödtung S. 149. Dagegen Wächter II. S. 128. Jarcke III. S. 220. Pfotenhauer a. a. O. Bauer Abh. I. S. 400—401. (Der aber gleich darauf beim dol. gener. das umgekehrte Princip anwendet).

deshalb, weil die Frage nur ein Moment in der umfaſſenden Frage über den Einfluß des Irrthums auf die Zurechnung überhaupt bildet. Dies ſcheint freilich Geib nicht anzunehmen, aber offenbar, wie ſich zeigen wird, nicht zum Vortheile ſeiner Ausführung. — Er entſcheidet die Frage zuerſt nach dem Geiſte des römiſchen und des altdeutſchen Rechts, wobei er auf das hier behauptete Reſultat kommt, weil jenes (ſoweit es öffentliches Strafrecht geweſen) nur auf den dolus, dieſes nur auf den Erfolg geſehen habe. Ob der Gegenſatz in ſolcher Abſtraktion überhaupt richtig, ob namentlich nicht das über die römiſchen Privatdelikte Angegebene unrichtig, und dieſe ganze Ausführung allzuſehr nur von der Oberfläche abgeſchöpft ſei, kann hier dahingeſtellt bleiben. Denn, indem Geib auf die Karolina übergeht und ihren Geiſt dahin bezeichnet, daß die Richter überall auf das natürliche Gefühl und den geſunden Menſchenverſtand, mithin wohl auch auf die Natur der Sache ſelbſt verwieſen worden ſeien, ſo erhalten wir nun ſeine eigene philoſophiſche Anſicht über die Frage, um ſomehr, da er ſelbſt geſteht, daß das poſitive Recht dem Fragenden hier überall keine ſpecielle Antwort gebe. Nach dem Geiſte der Karolina, meint nun freilich Geib, könne es gar keinen Zweifel leiden, daß in dem fraglichen Falle nie ein doloſes vollendetes Verbrechen angenommen werden könne, weil dieſes gegen das natürliche Gefühl und den geſunden Menſchenverſtand allzuſehr verſtoßen würde. Solche Behauptungen ſind überaus bequem, aber freilich nicht ebenſo überzeugend, im vorliegenden Fall ſchon darum nicht, weil der Verf. merken läßt, daß er den fraglichen Fall unter einen ganz ſchiefen Geſichtspunkt gerückt hat. Indeſſen läßt er ſich doch auch zum Beweiſe ſeiner Anſicht herbei. Die Karolina, ſagt er, und hiermit die Natur der Sache

führen von dem bloß ſubjektiven, ſowie von dem bloß objektiven Geſichtspunkt ab zu einem ſubjektiv=objektiven. Damit hat er ohne Zweifel ſehr Recht, aber freilich dürfte es wieder oberflächlich ſeyn, wenn er dieſen Geſichtspunkt auch einen gemiſchten nennt und den Fortſchritt des gemeinen deutſchen Rechts eben nur in einer eklektiſchen Vermengung der Glieder jenes Gegenſatzes ſucht. Daß dem ſo ſei, geſteht G. ſelbſt; es wäre aber auch ohnedies aus ſeinen Aeuſſerungen über die Natur des dolus zu entnehmen geweſen. Sein Hauptſatz nämlich, aus dem alle ferneren Unrichtigkeiten ſich von ſelbſt ergeben, iſt der, daß der dolus in der Bedeutung des Vorſatzes aufzufaſſen, mithin ein doloſes Verbrechen nur dann anzunehmen ſei, wenn der Erfolg eben nur die unmittelbare Verwirklichung des ſpeciellen Vorſatzes darſtelle. Um dies zu beweiſen, braucht er Argumente, die an ſich richtig ſind, aber die theils ſeinen Satz nicht bekräftigen, theils in den Verlauf der Entwicklung Verwirrung bringen. Er ſagt: die Hauptfrage ſei, ob Abſicht und Erfolg in der Art zuſammengehören, daß ein doloſes Verbrechen bloß dasjenige genannt werden könne, wobei der eingetretene Erfolg die Folge der Abſicht des Verbrechers ſei, oder ob es zu jenem Begriff auch ſchon hinreiche, wenn nur die verbrecheriſche Abſicht und der beabſichtigte Erfolg überhaupt vorliegen, dieſer letztere aber nicht als Folge jener Abſicht, ſondern als Folge irgend eines anderen Ereigniſſes betrachtet werden müſſe; die Frage ſei aber unbedingt in dem erſteren Sinne zu entſcheiden. G. hat hiemit vollkommen Recht, wenn nur unter Abſicht das verſtanden wird, was darunter (auch nach dem Geiſte des gemeinen deutſchen Rechts) zu verſtehen iſt. Allein da er unter Abſicht vielmehr den bloßen Vorſatz verſteht, deſſen Natur nicht durch die objektive Natur

der Handlung, ſondern durch die ſubjektive Willkühr der Reflexion des Handelnden beſtimmt wird, ſo wird durch dieſe Unterſchiebung der an ſich ganz richtige Satz ſchief, und der von G. aufgeſtellte Gegenſatz geradezu unwahr. Denn nun iſt der Sinn nicht mehr bloß der, daß die Abſicht das reale Princip des Erfolgs geweſen ſeyn müſſe, ſondern der, daß der Erfolg auch dem ſpeciellen Vorſatze des Handelnden entſprochen haben müſſe. Indem nun aber in allen Fällen, wo dies nicht eintrifft, kein dolus, ſondern culpa oder casus angenommen werden ſoll, ſo wird hiemit nicht nur die Natur des dolus völlig verdreht, ſondern das ganze Gebiet der Zurechnung in Verwirrung gebracht. Nach der ſo glücklich eingeſchobenen petitio principii iſt es nun freilich leicht, das zu beweiſen, was bewieſen werden ſoll. G. nimmt folgenden Gang. Er ſtellt erſt reine Fälle der Konkurrenz zwiſchen dolus und culpa oder auch casus auf, die er vollkommen richtig entſcheidet (dabei hat er wahrſcheinlich vergeſſen, daß er kurz zuvor — N. Archiv 1837, S. 585. 586 ſelbſt geſagt hat, daß ſolche Fälle auf die vorliegende Frage durchaus keine Beziehung haben). Denn das leidet allerdings keinen Zweifel, daß ein nicht zu berechnender Zufall, der als begleitender Umſtand bei Ausführung einer verbrecheriſchen Abſicht auftritt, durchaus ſeine Natur als Zufall behält, und daß ebenſo ein bloßes Verſehen mit einer doloſen Handlung konkurriren kann (es zeugt nur wieder von keiner Klarheit der Begriffe, wenn in der Note 65. S. 42. 43 geſagt wird, es mache im Reſultate keinen Unterſchied, ob man dieſe Fälle als culpa dolo determinata oder als eventuellen dolus bezeichnen wolle [1]).

---

1) Bauer a. a. O. ſtellt die Principien richtig auf, macht aber, wie geſagt, falſche Folgerungen. Vergl. auch Jenull in Wagners

Hier handelt es ſich immer von einem rechtsverletzenden Erfolge, der an die Ausführung einer verbrecheriſchen Abſicht ſich anhängt, aber ihr fremd iſt, vielmehr ſein Princip in einer auſſer der Handlung liegenden Urſache hat. So z. B. wenn der Dieb durch mitgebrachtes Licht eine Feuersbrunſt, der Ehebrecher durch den Beiſchlaf einen Abort veranlaßt. Weder gehört das Lichtmitbringen und Feuermittheilen zur Natur des Stehlens, noch das Abortbewirken zur Natur des Ehebrechens. Wer alſo nur Diebſtahl, nur Ehebruch beabſichtigte, der iſt nicht doloſer Brandſtifter, oder Abortbewirker, auſſer er hätte eventuell ſeine Abſicht ſchon vorher anch auf dieſe möglichen Folgen gerichtet, was aber hier eben nicht in der Vorausſetzung liegt. Sondern die Sache verhält ſich hier gerade ſo, wie wenn der Dieb heute geſtohlen und morgen kulpos Brand geſtiftet hätte. Es konkurriren zwei dem Weſen nach einander ganz fremde Handlungen. Allein eben deshalb iſt es durchaus verkehrt, derlei Fälle hier aufzuführen, wo von dem Einfluſſe des Irrthums auf die Zurechnung zum dolus in Beziehung auf eine in ſich geſchloſſene Handlung die Rede iſt. Ebenſo würde es ſich nun auch mit den Aberrationsfällen verhalten, wenn unter dieſen Titel wirklich Alles das gehörte, was Heffter §. 70. darunter zuſammenſtellt. Allein die Fälle 3—5 ſind reine Fälle der Konkurrenz zwiſchen dolus und culpa, der Fall 6 iſt der eine von den beiden Fällen der indirekten Abſicht, ſ. unten; und nur der Fall 2. gehört neben dem unſre Hauptfrage enthaltenden Fall 1. hieher, wird übrigens auch von Heffter unrichtig entſchieden, während er im

———

Zeitſchr. 1826. I. S. 312. 313 und Mittermaier a. a. O. S. 98 unten 99 ob.

Fall 1. das Richtige angiebt[1]). — Indem nun Geib ſich zu den, von ihm richtig abgegrenzten, Aberrationsfällen wendet, rückt er mit ſeiner falſchen Anſicht über die Natur des dolus etwas näher heraus, indem er einen nothwendigen Zuſammenhang zwiſchen Abſicht und Erfolg fordert und dies ſo erklärt, daß der wirkliche Erfolg als direkte Folge der urſprünglichen Abſicht erſcheinen müſſe. Damit zeigt er, daß er unter dolus wirklich bloß den Vorſatz verſteht, mithin auch z. B. das oben über den generellen dolus Ausgeführte nicht anerkennt. — Er ſagt: „Man nehme z. B. folgende Fälle: Jemand ſchießt nach einem Andern, um ihn zu tödten; allein in dem Augenblicke des Abdrückens tritt ein Dritter dazwiſchen und erhält ſtatt jenes die tödtliche Wunde; oder es will Jemand einen Andern durch eine Maulſchelle injuriiren, dieſer aber bückt ſich im Augenblicke des Schlags und ein Dritter wird dadurch getroffen. Hier zeigt ſich überall ein ganz ähnliches Verhältniß, wie bei den obengenannten Fällen der culpa dolo determinata, und, ſowenig in jenen Fällen von einer doloſen Tödtung die Rede ſeyn konnte, ebenſowenig iſt dies hier der Fall." Es hängt Alles von dieſer Vorausſetzung ab; daher fragt ſich eben, ob wirklich die fraglichen Fälle ſich ſo ganz ähnlich ſind? G. fährt fort: „Daß der Dritte durch den Schuß getödtet oder durch die Maulſchelle getroffen wurde, iſt ein von der Abſicht des Verbrechens durchaus unabhängiges, rein zufälliges, höchſtens kulpoſes Ereigniß; die urſprüngliche Abſicht und der wirkliche Erfolg fallen völlig auseinander; ſie haben ganz verſchiedene Objekte zum Gegenſtande, und von einer Verbindung beider in

1) Vergl. Heffter ſelbſt im N. Arch. XII. S. 285—289, wo das Princip richtig aufgeſtellt iſt.

der Art, daß der Erfolg aus der Abſicht nothwendig hervorgegangen wäre, findet ſich keine Spur; auch hier fällt alſo der Kauſalnexus und damit von ſelbſt der Begriff der doloſen Tödtung hinweg." Es iſt nicht zu läugnen, daß Geib von ſeiner falſchen Prämiſſe aus richtig argumentirt. Aber in der Sache ſelbſt verfehlt er es ganz und gar. Vielmehr kann nichts verſchiedener ſeyn, als die Fälle, welche er für ganz ähnlich ausgiebt. Oben nämlich handelte es ſich von einem Erfolge, der ſein Princip in einer auſſer der Handlung liegenden Urſache hatte [1]). Hier aber iſt gerade die Handlung ihrer allgemeinen Natur nach ausgeführt; es liegt gerade nur derjenige Erfolg vor, der in dem Weſen der Handlung ſelbſt liegt und dieſes in einer entſprechenden objektiven Exiſtenz bethätigt. Hier hat ſich nicht an die Ausführung einer Abſicht ein ihrem Weſen fremder Zufall angehängt, deſſen Wirkung dem Handelnden nur zum Verſehen anzurechnen wäre, weil er ihn als möglich hätte vorausſehen können. Sondern der dolus als ſolcher iſt realiſirt. Der Fehler bei Geib liegt aber darin, daß er, ſtatt von der Abſicht, von der „urſprünglichen" Abſicht, d. h. von dem Vorſatz des Handelnden ſpricht. Hierin liegt jedoch die Verkehrtheit, daß anzunehmen wäre, das Weſen, die verbrecheriſche Natur der Tödtung, der Injurie liege nicht darin, daß überhaupt einem menſchlichen Individuum das Leben oder die Ehre als Recht abgeſprochen wird, ſondern vielmehr darin, daß dies gegenüber von beſtimmten Individuen geſchehe. Allein offenbar iſt das Gegentheil der Fall, wie auch Pfoten-

1) Dies iſt auch in dem von Mittermaier a. a. O. unter c) angegebenen Fall anzunehmen, wenn das Verbrechen, das die gewollte Perſon traf, durch ein von dem Thäter nicht veranſtaltetes Fortwirken noch weitere Perſonen verletzte. ſ. Hitzig Annal. IV. S. 1.

hauer richtig annimmt, nur daß ſein Grund: wer ein Verbrechen begehen will und daſſelbe auch wirklich begangen hat, iſt ein doloſer Verbrecher — in dieſer Allgemeinheit allerdings nichts taugt. Die Sache iſt aber die: Man muß ſich die wahre Natur des dolus vergegenwärtigen, die offenbar nur darin liegt, daß Jemand überhaupt darauf ausgeht, einen Menſchen zu tödten, zu injuriiren. Man muß nur überhaupt von der herkömmlichen Vorſtellung ſich losmachen, als ob das Objekt der Tödtung ein Menſch, das des Diebſtahls eine Sache wäre u. ſ. f., da doch vielmehr das Objekt der Tödtung das Recht auf das Leben, das Objekt des Diebſtahls das Eigenthumsrecht iſt. Freilich kurſirt jene grundfalſche Vorſtellung faſt allgemein in unſern Lehrbüchern, und bewirkt, daß nicht nur die beſondern Thatbeſtände oft ganz irrig dargeſtellt, ſondern auch Fragen des allgemeinen Theils, die auf den unmittelbaren Gegenſtand verbrecheriſcher Handlungen Bezug haben, nothwendig verwirrt werden müſſen. Zu den von Luden gemachten guten Bemerkungen gehört es aber ohne Zweifel, wenn er Abh. II. S. 161. Anm. eben auf das hindeutet, was hier angeführt wird, — wenn gleich er durch ſeine Grille, daß zwiſchen Rechts- und Geſetzesverbrechen zu unterſcheiden ſei, dieſe wie andere richtige Andeutungen ſelbſt wieder um ihre Fruchtbarkeit bringt. Die Natur des dolus alſo, ſagen wir, iſt die Richtung des Willens auf die Verletzung eines beſtimmten Rechts überhaupt, gleichviel ob der Handelnde ſpeciell dieſe oder jene Perſon oder Sache im Auge habe. Das Verbrechen der Tödtung beſteht nicht darin, daß ich den A. oder B. umbringen will, ſondern darin, daß ich überhaupt einen Menſchen umbringen will. Handle ich nun in dieſer Abſicht, ſo kann weiter nur die Frage ſeyn: habe ich dieſe meine

Abſicht ihrer allgemeinen Natur, ihrer weſentlichen Qualität nach auch wirklich ausgeführt, d. h. habe ich durch meine mit dem animus occidendi ausgeführte Handlung auch wirklich einen Menſchen umgebracht? Dieſe Frage iſt nun aber im vorausgeſetzten Falle allerdings zu bejahen. Da nun Geib ſelbſt ganz richtig ſagt, daß in der Entſcheidung des Aberrationsfalls von ſelbſt ſchon auch die Entſcheidung des Verwechslungsfalls enthalten ſei, ſo folgt, daß auch hier gerade ebenſo gegen ihn zu entſcheiden ſei. Denn auch hier iſt jene ebengedachte Frage lediglich zu bejahen. Gegen dieſe Bejahung kann aber nicht eingewendet werden, was Geib gegen Karpzov, Matthäus und Pfotenhauer einwendet: daß die Forderung des Kauſalnexus ignorirt werde. Im Gegentheil gehen wir ja gerade davon aus, daß in beiden Fällen der Kauſalzuſammenhang zwiſchen Abſicht und Erfolg ganz vollkommen vorhanden iſt, nur das läugnen wir, daß unter den Begriff der Abſicht der Begriff der „urſprünglichen" Abſicht untergeſchoben werden dürfe. Unſere Entſcheidung folgt einfach aus dem allgemeinen Prinzip über den Einfluß des Irrthums auf die Zurechnung zum dolus. Sie involvirt den ſicherlich dem natürlichen Gefühle und geſunden Menſchenverſtand — falls ihnen nur die Frage richtig vorgelegt wird, — keineswegs fremden Satz: daß das Verbrechen der Tödtung in der Abſicht, überhaupt einen Menſchen zu tödten, nicht aber in der Kaprice, ein beſtimmtes Individuum umzubringen, beſtehe, daß ich daher, falls ich in dieſer Abſicht handle und eben nur durch meine Handlung, meinen Schlag, Stich, Schuß ꝛc., wirklich einen Menſchen um's Leben bringe, der doloſen Tödtung ſchuldig ſei; daß ich mir es keineswegs zum Vortheil anrechnen dürfe, wenn ich den nächſten

Gegenſtand meiner Handlung mit einem andern verwechſelt oder auch ſtatt deſſelben einen andern getroffen habe [1]). Man vergleiche doch nur den von Geib angegebenen Verirfall, daß der, den ich tödten will, ſtatt von mir getroffen zu werden, ausgleitet und an ſeinem Sturze ſtirbt. Hier iſt allerdings ein Zufall vorhanden, deſſen Wirkung mir gar nicht oder doch nur zur culpa zugerechnet werden darf. Denn hier hatte der Erfolg ſein Princip in einer auſſerhalb meiner Handlung liegenden Urſache. Dagegen in dem Falle der Aberration, wie in dem der Verwechslung, hat er ſein Princip eben nur in meiner durch den animus occidendi, injuriandi beſtimmten Handlung; es kommt hier zwar auch ein Zufall und ein Irrthum vor; aber, ſo wenig ich mir die Zurechnung ſolcher Zufälle und Irrthümer gefallen zu laſſen brauche, wo ich mir bewußt bin, rechtlich zu handeln, und eben nur vermöge des Zufalls oder Irrthums meine Handlung in Rechtsverletzung umſchlägt, ebenſowenig darf ich hier fordern, daß ſie mir zum Vortheil angerechnet werden. Geib ſagt noch ſpeciell über den Verwechslungsfall Folgendes: „In Beziehung auf den Dritten (wirklich Getödteten), der vielleicht der eigene Freund des Verbrechers war, dachte derſelbe ebenſowenig daran, einen Mord zu verüben, als der Dieb, der durch das Stehenlaſſen ſeines Lichtes eine Feuersbrunſt erzeugt, daran denkt, eine Brandſtiftung zu bewirken; die Abſicht des Einen war ausſchließlich auf ſeinen Feind, die Abſicht des andern ausſchließlich auf das Geld gerichtet.“ Hierin liegt nun der oben gerügte

1) Dieſe Anſicht iſt auch in England und Frankreich anerkannt. ſ. Fourth Report of the commiss. on crim. law u. Hellie Théorie du Code pénal, bei Mittermaier a. a. O.

Fehler offen zu Tage. In der Abſicht, die zum Stehlen gehört, liegt allerdings nicht entfernt die Abſicht der Brandſtiftung; das iſt vollkommen richtig. Aber gänzlich verkehrt iſt es, dieſem Falle den casus in terminis gleichzuſtellen. Denn es liegt ja die völlige Verſchiedenheit beider auf den Händen. Der Mörder wollte einen Menſchen tödten; das iſt ſein Verbrechen, nicht, daß er ſeinen Feind tödten wollte; letzteres geht das Recht nichts an, dem es völlig gleichgültig iſt, ob er ſeinen Feind und Freund tödten wollte; wie denn ſchon die zehn Gebote einfach ſagen: Du ſollſt nicht tödten, du ſollſt nicht ſtehlen, — nicht aber: Du ſollſt deinen Feind nicht tödten, du ſollſt dies oder das nicht ſtehlen. Er wollte alſo einen Menſchen tödten und hat es auch gethan, und zwar eben durch die Handlung, mittelſt welcher er es thun wollte. Wie kann dieſer Fall mit dem des Diebs irgendwo zuſammengeſtellt werden, auſſer in der Abſicht, ihre vollkommene Gegenſätzlichkeit aufzuzeigen? — Indeſſen bemerken wir noch ausdrücklich, daß wir auf die Argumentation von Geſterding und Pfotenhauer, der auch v. Hufnagel [1]) und Zachariä [2]) beiſtimmen, kein Gewicht legen. Gegen dieſe hat Geib Recht, da ſie ſeine Prämiſſen zugiebt und das richtige Reſultat nur durch ein Sophisma erreicht. Sie geht gerade davon aus, daß die Abſicht, worauf es ankomme, die ſpecielle Abſicht gegen ein beſtimmtes Individuum ſei, und beruft ſich nun darauf, daß für den Handelnden im Augenblicke der Handlung das getroffene Individuum auch wirklich das gemeinte ſei. Mit Recht ſagt

1) Kommentar Anh. V. S. 61. 62.

2) Die Lehre vom Verſuch. I. §. 143. vgl. auch Luden Abh. I. S. 516 n. 1.

dagegen Geib, daß die Abſicht, worauf man ſich hier berufe, eine bloße Scheinabſicht ſei. Auch erhellt die Unrichtigkeit jener ſpitzfindigen Entſcheidung ſogleich daraus, daß Geſterding, wie auch Hufnagel thut, in dem Aberrationsfalle gerade das Gegentheil annimmt (ſo auch Heffter §. 70). Geht man einmal von Geib's Prämiſſen aus, ſo muß man mit ihm in allen betreffenden Fällen bloße Konkurrenz von culpa nnd dolus annehmen. Entſcheidet man ſich aber im Fall der Verwechslung für die richtige Anſicht, ſo muß man es auch im Falle der Aberration thun (ſ. Wächter II. S. 128), ſobald man ſich das richtige Princip jener erſteren Entſcheidung deutlich macht. Am Schluſſe ſeiner Abhandlung ſtreift Geib ſelbſt in das punctum saliens, indem er zwiſchen ſpeciellem und generellem dolus unterſcheidet. Freilich iſt der aufgeſtellte Unterſchied ein durchaus falſcher; indem er ſo angegeben wird: genereller dolus ſei vorhanden, wenn der Handelnde ſich vorgeſetzt habe, überhaupt einen Mord ꝛc. zu begehen, ſpecieller, wenn er ſich vorgeſetzt habe, einen beſtimmten Menſchen zu tödten. Allein Geib hätte hier leicht darauf kommen können, daß aller dolus nothwendig in dem angegebenen Sinne ein genereller iſt, ein ſpecieller aber angeführter Maßen gar nicht rechtlich exiſtirt. Er will zwar gerade bei Tödtung und Injurie ſeinen ſpeciellen als Regel feſtgehalten wiſſen, fügt aber ſelbſt die merkwürdige Aeußerung hinzu, daß es nicht nur überhaupt auch bei dieſen Verbrechen einen generellen dolus gebe, ſondern daß dieſer ſogar überall zu präſumiren ſei, wo die Handlung ſelbſt zeige, daß der Thäter ſich nicht auf einen beſtimmten Gegenſtand kapricirt habe. Solche Präſumtionen ſind ſtets die nothwendige Folge, wenn der Begriff des dolus mit Feuerbach

mehr oder minder auf den des Vorſatzes zuſammengeſchraubt wird. Es braucht aber ſolcher zweideutigen Kunſtgriffe gar nicht, ſobald man ſich die wahre Natur der Abſicht klar macht, die freilich gar nie als ſpecieller dolus in Geibs Sinne rechtlich in Frage kommt. Wie unpraktiſch auch die Anſicht Geibs ſei, geht endlich noch daraus hervor, daß er ſie zu guter Letzt hauptſächlich nur bei der Tödtung für anwendbar erklärt, während er beim Diebſtahl und der Injurie einen andern ſinnreichen Ausweg findet, um das richtige Reſultat zu treffen. Wenn er nämlich auch am Schluſſe gleichwohl wieder ſeine Anſicht auch auf Körperverletzung, Brandſtiftung, Ehebruch, Nothzucht ꝛc. angewendet haben will, ſo ſteht hier ein Doppeltes entgegen, 1) daß er ſelbſt vorher geſagt hat, bei andern Verbrechen, als Tödtung und Injurie, ſei die Frage ſo gut als ganz unpraktiſch, 2) daß, den Eintritt ſolcher unpraktiſchen Fälle angenommen, die Geibiſche Anſicht den Richter gerade ganz im Stiche läßt, ſobald es ſich von Ehebruch, Nothzucht oder ſonſt einem Verbrechen handelt, das nicht kulpos begangen werden kann. Dann frage man aber doch den geſunden Menſchenverſtand, ob er ſich damit begnügen wird, die Ehebrecherin, die ſtatt des erwarteten A. in der Dunkelheit den B. umarmt, oder den Nothzüchtiger, der ſtatt der Frau die Kammerjungfer unter die Hände bekommt, bloß wegen Verſuchs des Ehebruchs oder der Nothzucht beſtraft zu ſehen! — Indeſſen meint Geib gerade in einer Hauptbeziehung doch ſeiner Lehre die größere praktiſche Brauchbarkeit vindiciren zu dürfen, nämlich hinſichtlich derjenigen Fälle, wo das beabſichtigte und das irrthümlich begangene Verbrechen nicht identiſch ſind, ſondern beide bloß zur ſelben Gattung gehören, wie z. B. Mord und Verwandtenmord. Nach ſeiner Anſicht

ſei die Entſcheidung ganz einfach; es ſei entweder Verſuch eines einfachen Mords neben kulpoſer Verwandtentödtung, oder es ſei Verſuch eines Verwandtenmords neben kulpoſer einfacher Tödtung anzunehmen. Dagegen ſei die gewöhnliche Anſicht hier voller Inconſequenz, da ſie in beiden Fällen nur einfachen Mord annehmen, das eine Mal aus dem objektiven das andere Mal aus dem ſubjektiven Geſichtspunkt argumentirend. Allein dieſer Vorwurf fällt hinweg, ſobald man die Sache unter das richtige Princip ſtellt. Wollte der Thäter ein gemeines Verbrechen begehen und beging nur aus Irrthum ein qualificirtes, ſo hat man vollkommen Recht, wenn man ihm dieſen Irrthum nicht zurechnet. Wäre freilich der Irrthum vermeidlich geweſen, ſo rechtfertigt ſich, falls das Verbrechen überhaupt auch kulpos begangen werden kann, eine Erhöhung der Strafe wegen culpa [1]). Allein, denkt man wieder an Fälle, wie die Fleiſchesverbrechen z. B. einen im Irrthum begangenen Ehebruch, während der Thäter nur ein gewöhnliches Stuprum begehen wollte, ſo wird man ſicher die Geibiſche Methode nicht für die dem natürlichen Verſtande zuſagende halten können.—Wollte umgekehrt der Thäter ein qualificirtes Verbrechen begehen, beging aber aus Irrthum nur ein gemeines, ſo hat man praktiſch jedenfalls Recht, wenn man ihm das begangene gemeine, da ja ſolches in dem beabſichtigten enthalten iſt, vollkommen zurechnet; nur wird man den Reat hier genauer als einen qualificirten Verſuch eines qualificirten Verbrechens bezeichnen und eben deßhalb auch die Strafe des gemeinen Verbrechens um etwas erhöhen müſſen [2]).

1) Dieß iſt bei Mittermaier a. a. O. S. 99. oben nicht hervorgehoben.

2) Vgl. nach Heſſ. Gb. Art. 62. Bad. Entw. Art. 89.

Sieht man aber die Sache ſo an, ſo befolgt man keineswegs entgegengeſetzte Geſichtspunkte, ſondern wendet auch hier, wie in mehreren andern Fällen Ein und daſſelbe einfache Princip an.

§. 110.

Die direkte Abſicht ſetzt einen Menſchen voraus, der als Denkender handelt und als ſolcher die innere Natur ſeiner Handlung ihrer weſentlichen Qualität nach, hiemit auch ihre Folgen in ſeinem Bewußtſein entwickelt und den Eintritt dieſer Folgen, ſie erſcheinen nun als realmögliche oder als bloß mögliche, direkt oder eventuell gebilligt hat. Mag auch der Handelnde hinterher einen beſchränkteren Vorſatz gehabt zu haben behaupten, ſo muß er gleichwohl, falls er nur überhaupt mit Vorſatz gehandelt hat, das Recht der Objektivität der Handlung wider ſich gelten laſſen [1]). Während aber in dieſem Falle dem Handelnden nur der ſubſtantielle Inhalt ſeines wirklich gehabten Vorſatzes aus der objektiven Exiſtenz ſeiner Handlung nachgewieſen und entwickelt wird, ſo macht ſich nun ferner das Recht der Objektivität der Handlung ſelbſtändig gegen den Handelnden geltend, wo dieſer ohne Vorſatz, gleichwohl aber auch nicht bloß kulpos, ſondern ſo gehandelt hat, daß ihm die hervorgebrachte Rechtsverletzung zwar nicht zur direkten wohl aber zur indirekten Abſicht [2]) zugerechnet werden kann.

β) Indirekte Abſicht.

§. 111.

Die Zurechnung zur indirekten Abſicht ſetzt voraus, daß der Thäter weder mit Vorſatz, noch bloß kulpos gehandelt habe. Sie erfordert alſo 1) im Unterſchiede vom Verſehen eine Abſicht, d. h. den Entſchluß, eine Handlung zu begehen,

1) Luden Handbuch §. 36. Anm. 9. Abh. II. S. 557. Anm. 1.
2) Michelet Moral S. 88. ff.

die ihrer weſentlichen Natur nach verbrecheriſch iſt; allein dieſe Abſicht darf 2) nicht direkt im Bewußtſein des Handelnden liegen, ſie darf nicht in der Form des Vorſatzes in ſeinem Wiſſen vor der Handlung gegenwärtig geweſen ſeyn; ſie ſetzt daher einen ohne Ueberlegung Handelnden voraus, mithin einen ſolchen, der als ſinnlich Einzelner handelt, was ſowohl dann möglich iſt, wenn ſich Jemand von einem Affekte zu einem die Ueberlegung überſtürzenden Entſchluſſe hinreiſſen läßt (impetus), als dann, wenn Jemand in frevelhaftem Leichtſinn handelt, während er ſelbſt die verbrecheriſche Natur ſeiner Handlung bedacht hat, ohne doch den Eintritt des rechtsverletzenden Erfolgs direkt oder eventuell zu wollen (luxuria). Dieſer Schuldgrad ſteht mithin 3) zwiſchen der direkten Abſicht und dem Verſehen, von welchen beiden er ein Element an ſich hat, und zwar ſo, daß in der Form des impetus die Abſicht, in der Form der luxuria das Verſehen überwiegt, in beiden Formen aber ſo, daß die Einheit dieſer Elemente nicht bloß eine äuſſerliche (culpa dolo determinata, oder beſſer Konkurrenz einer doloſen Handlung mit einer kulpoſen), ſondern eine innerliche iſt. Beim impetus insbeſondere liegt das Doloſe in dem Entſchluſſe, überhaupt eine Rechtsverletzung zu begehen, überhaupt auf eine Weiſe ſich zu benehmen, die nothwendig zu rechtsverletzenden Folgen führen muß; das Kulpoſe dagegen darin, daß der Thäter eben dem Sturme des Affekts ſich preisgiebt, der ihn verhindert, ſich das Bewußtſein der allgemeinen Qualität ſeiner Handlung zu entwickeln und hiernach einen Vorſatz zu faſſen, daher denn auch die Annahme eines Vorſatzes in ſolchen Fällen geradezu widerſinnig iſt und das Kriterium für die Natur der Abſicht (Körperverletzung, Tödtung u. ſ. f.) vielmehr nur in der objektiven Exiſtenz der Handlung ſelbſt liegt. Bei der luxuria liegt das Kulpoſe darin, daß der Handelnde weder direkt, noch eventuell einen rechtsver=

letzenden Erfolg hervorbringen wollte, das Doloſe aber darin, daß er ſich die objektive Gefährlichkeit ſeiner Handlung wirklich vorgeſtellt und gleichwohl in frevelhaftem Leichtſinne darauflos gehandelt, mithin die Folgen zwar nicht direkt, wohl aber indirekt auf ſich genommen hat.

Anm. — Das zu erwartende Staunen über die Möglichkeit einer Vertheidigung des verſchrieenen dolus indirectus wird ſich legen, wenn man zuvörderſt erwägt, daß die indirekte Abſicht in dem hier angegebenen Sinne keineswegs mit dem Nettelbladt-Glänzer'ſchen dolus indirectus identiſch iſt, der neben den wahren Fällen auch den eventuellen dolus und die culpa dolo determinata, ja wohl überhaupt den ex re bewieſenen dolus directus unter ſich begriff, wenn man dann weiter ſich zum Bewußtſein bringen will, wie unpraktiſch d. h. dem wirklichen Leben fremd die auf Feuerbachs Schuldlehre gebaute herkömmliche Doktrin über dieſe Punkte iſt und wie daher mit Recht bei den neuſten Schriftſtellern ſich mehrfach das richtige Bedürfniß ankündigt, neue Wege einzuſchlagen (wir erinnern hier vorläufig an Heffter, Roßhirt, Luden)[1], wenn man endlich die hiſtoriſche Entwicklung der geſammten Schuldlehre ſeit dem Ende des 18ten Jahrhunderts, die unten im Zuſammenhange gegeben werden und zeigen ſoll, daß man auch hier nur mit größter Inkonſequenz noch an der Autorität Feuerbachs hänge, unbefangen würdigen will. — Hier iſt vorerſt die Beſtimmung des Paragraphen gegen die abweichende Ausführung von Michelet[2] zu rechtfertigen. — Zwar iſt bei dieſem die Deduktion der indirekten

---

1) Weber im N. Arch. VI. S. 448. Mittermaier ebend. VIII. S. 350. Derſ. n. 1 zu Feuerbach §. 60.

2) Moral S. 89—94.

Abſicht überhaupt ganz richtig, insbeſondre dies, daß hier nicht das entwickelte Bewußtſein der Abſicht ſtattfinde, dieſe aber in dem Entſchluſſe zur Thätigkeit eingehüllt liege, da das Subjekt die Subſtanz der Handlung, als ſein eigenes Inneres, nicht verläugnen könne. Dagegen ſchränkt er die indirekte Abſicht irriger Weiſe auf die Form des impetus ein und führt die Requiſite derſelben nicht richtig aus. Insbeſondre iſt bei ihm der Unterſchied der indirekten Abſicht von der bloß indirekt, ex re be-wieſenen direkten Abſicht keineswegs mit der erforderlichen Genauigkeit feſtgeſtellt. Wenn er aber die indirekte Ab-ſicht definirt als: eine nicht beabſichtigte Rechtsverletzung, welche als die nothwendige Folge einer beabſichtigten anzuſehen ſei, ſo iſt hieran das Fehlerhafte eben dies, daß er hiemit eine direkte Abſicht fordert. Er verlangt die direkte Abſicht zu ſchaden, was zwar für die Form des impetus richtig, dagegen für die Form der luxuria falſch iſt und auch bei jener nicht das Eigenthümliche ausmacht. Er verlangt ferner, daß der Handelnde die nothwendige Folge nicht vorhergeſehen haben müſſe, was wiederum nicht richtig iſt, ſofern dadurch die Form der luxuria ausgeſchloſſen wird. Endlich aber iſt es völlig willkührlich, wenn der Begriff der indirekten Abſicht faſt ganz nur auf das Gebiet des Todtſchlags eingeſchränkt wird. — Gleichwohl aber iſt der Kern ſeiner Darſtellung vollkommen geſund, und eben darin liegt die Rechtfertigung für die hier gegebenen, das Princip konſequent ausfüh-renden Beſtimmungen, deren Richtigkeit aus einer Ver-gleichung mit den von Berner, abermals abweichend von dem Begriffe der Sache gegebenen am beſten erhellen wird. Gegen die Aufſtellung des Begriffs der indirekten Abſicht überhaupt weiß er nichts zu ſagen, als daß es ſich hier nicht um ſpekulative, ſondern um reine Ver-

ſtandesbeſtimmungen handle, wogegen nur zu bemerken iſt, daß wir unſrerſeits den gedachten Begriff, auf den allerdings eine ſpekulative Betrachtungsweiſe führt, gar nicht für einen ſolchen halten, welchen aufzufaſſen, dem Verſtande unmöglich wäre. Dagegen liegt ein richtiges Bewußtſein darin, wenn Berner den Begriff der luxuria als denjenigen bezeichnet, welcher an die Stelle der vermeintlich zu verwerfenden indirekten Abſicht treten müſſe. Er ſelbſt ſtellt nun mit der herrſchenden Doktrin[1]) den impetus als Unterart unter den dolus, die luxuria unter die culpa. Indeſſen zeigt ſeine Ausführung keine große Beſtimmtheit der Begriffe. So ſagt er z. B. vom impetus nur, daß hier das Moment der Berathung durch den hinzutretenden Affekt überſtürzt werde. Er giebt zu, daß bei der Prämeditation das böſe Princip tiefer in der Subjektivität des Handelnden liege, als beim impetus, meint aber doch auch wieder, man dürfe letzteren nicht zu leicht nehmen, da er dolos ſei und bleibe (S. 183). Daß dies leere Behauptungen ſeien, mit denen ſich die Entwicklung von Michelet nicht abfertigen läßt, liegt am Tage. Ueber die Natur des Affekts ſcheint dabei nicht tiefer nachgedacht zu ſeyn. Uebrigens iſt ſelbſt der eigene Ausdruck Berners, daß hier das Moment der Berathung überſtürzt werde, offenbar gegen die Behauptung, daß der impetus eine Form des Vorſatzes ſei, da letzterer ohne Berathung nicht mehr Vorſatz iſt, während eine Abſicht ohne Berathung ſich allerdings denken läßt. Weit beſtimmter iſt die Ausführung von Luden Handbuch §. 37, welcher offen heraus behauptet, der Affekt ſchließe keineswegs die Möglichkeit aus, etwas zu beabſichtigen, d. h. ſich zu einer Thätigkeit zu entſchließen

---

1) Mittermaier not. 4 zu Feuerbach §. 54.

„mit der Vorſtellung, daß aus derſelben mit Beſtimmtheit ein gewiſſer Erfolg hervorgehen werde.“ Wenn ſich nachweiſen ließe (ſagt er), daß durch den Zuſtand des Affekts die zum dolus erforderliche Beſtimmtheit der Vorſtellung von dem Kauſalzuſammenhange ausgeſchloſſen würde, ſo würde bei affektvollen Zuſtänden gar nicht von dolus die Rede ſeyn können. Die Vorſtellung von dem Kauſalzuſammenhange könne aber nicht in verſchiedenen Graden der Beſtimmtheit vorkommen, ſondern ſie könne nur entweder überhaupt vorhanden ſeyn, oder nicht vorhanden ſeyn. Dieſe Argumentation iſt durchaus folgerichtig, da es für Luden ein feſtſtehender Satz iſt, daß der dolus das beſtimmte Bewußtſein des Kauſalzuſammenhangs involvire. Durch die Forderung der Beſtimmtheit dieſes Bewußtſeins macht allerdings Luden den dolus zum Vorſatz, während ſich im Uebrigen ſeine Definition ſehr dem richtigen Begriffe der Abſicht nähert. Aber gerade die Anwendung jener Definition auf den Fall des Affekts zeigt das Scholaſtiſche dieſer Anſicht. Denn, um konſequent zu ſeyn, muß Luden vom Affekte eben das behaupten, was geradezu gegen deſſen innerſte Natur iſt: daß er die Vorſtellung eines beſtimmten Erfolgs, ein entwickeltes Bewußtſein von der Natur der Handlung, insbeſondre ihren nothwendigen Folgen zulaſſe. Hätte er das Leben und ſeine Erfahrung um Rath gefragt, ſo würde er viel mehr Gewicht auf den von Feuerbach [1]) vorgebrachten Zweifelsgrund gelegt haben, daß bei dem Affekte mehr die unvorſichtige Nachſicht des Menſchen gegen die zum Affekt herangewachſene Empfindung in Rechnung zu kommen, daß daher hier der rechtswidrige Vorſatz unmittelbar an die bloße Fahrläßigkeit zu grenzen

1) Kriminalfälle II. S. 166.

oder ſich gar in das Gebiet derſelben zu verlieren ſcheine. Nicht minder dürfte die legislatoriſche Behandlung des Todtſchlags ſeit der Karolina bis in die neueſten Strafgeſetzbücher herab darauf hinführen, daß dem natürlichen Gefühle und geſetzgeberiſchen Takte allerdings der Begriff der indirekten Abſicht vorgeſchwebt habe, da ihnen, wie Luden ganz richtig bemerkt, die freilich vielfach kurſirende Vorſtellung, daß der dolus Grade habe, als eine widerſinnige nicht untergeſchoben werden kann. Ihre Behandlung des Todtſchlags zeigt, daß ſie das Bewußtſein davon haben, daß hier der dolus innigſt mit einem kulpoſen Element verſetzt iſt, das nicht anatomiſch von ihm abgelöst werden kann, wie bei der culpa dolo determinata, ſondern ihm innerlichſt inhärirt und ihn eben darum zu einem von der direkten Abſicht beſtimmt unterſchiedenen Schuldgrade macht. Wenn Jemand in der Abſicht, zu ſtehlen, mit Licht einſteigt und dadurch eine Feuersbrunſt verſchuldet, ſo treffen allerdings dolus und culpa äuſſerlich zuſammen, und es wäre im Weſen daſſelbe, wenn der Diebſtahl heute, die Brandſtiftung morgen ſtattfände. Wer dagegen im Affekte tödtet, einen Andern am Körper verletzt u. dgl., bei dem konkurriren nicht zweierlei Arten von Verſchuldung; ſeine Schuld iſt nur Eine, und das Charakteriſtiſche derſelben beſteht darin, daß dolus und culpa hier innerlich Eins ſind, daß die ganze Handlung ebenſowohl durch das eine, als durch das andere Moment beſtimmt iſt. Von einem Vorſatze kann hier nicht die Rede ſeyn, da dieſer die Prämeditation, die Berathſchlagung nothwendig vorausſetzt. Gleichwohl kann auch nicht bloße culpa angenommen werden, da die Handlung im Affekte immer eine poſitiv gewollte bleibt. Sie iſt aber keine direkt gewollte, der Menſch handelt dabei nicht als Denkender, Allge-

meiner, ſondern als ſinnlich Einzelner, von ſeinem Affekte Hingeriſſener. Eben dies aber, daß er ſich von dem Affekte hinreiſſen läßt, bildet das kulpoſe Moment an ſeiner Verſchuldung, die gleichwohl in ihrer Wurzel dolos iſt. Da nun hier ſtets, zwar nicht ein Vorſatz, wohl aber eine Abſicht ausgeführt, dieſe jedoch nicht als entwickelter Inhalt des Bewußtſeins, als direkter Gegenſtand des Willens, ſondern als Gebot des dämoniſch wirkenden Affekts vollbracht wird, dem man ſich eben nicht hätte überlaſſen ſollen, ſo iſt es ganz paſſend, hier von einer indirekten Abſicht zu reden [1]. Stellt man, wie das gewöhnlich geſchieht, den impetus und den vorbedachten dolus als Arten Einer Gattung zuſammen, ſo verkennt man wenigſtens theoretiſch die Natur der Sache, die man doch in der gelinderen Beſtrafung des erſteren anerkennt. Aber auch praktiſch veranlaßt man Verirrungen, da man den Inquirenten die Unmöglichkeit zumuthet, aus dem Todtſchläger einen Vorſatz heraus zu inquiriren, den er niemals zugeben kann, wenn er nicht ſich ſelbſt das größte Unrecht thun will [2]. Die Erfahrung lehrt hinlänglich, welche Künſte es braucht, um derlei Angeſchuldigten einen ordentlichen direkten dolus occidendi abzuverhören, während die Vertheidiger denſelben Reat unter den Begriff der culpa dolo derteminata zu bringen, nicht geringerer Subtilitäten bedürfen. Daher haben auch in Ständeverſammlungen ſolche Mitglieder, die gerade durch praktiſchen Takt ſich auszeichneten, bei Gelegenheit des Todtſchlags hin und wieder die Meinung geäuſſert, daß dieſer Begriff zwiſchen dem dolus eventualis und der culpa dolo

1.) Vergl. auch Wirth I. S. 134.

2) ſ. auch Bauer Vergleichung des urſpr. Hann. v. Entwurfes S. 129. 130. Mittermaier N. Arch. X. S. 542. Roßhirt N. Arch. VIII. S. 376—379.

determinata hin und her ſchwanke und durch keines von beiden genügend bezeichnet werde, worin die ganz richtige Forderung Deſſen liegt, was hier durch den Begriff der indirekten Abſicht ausgedrückt werden ſoll. — Beſſer, als dem impetus, geht es gewöhnlich der luxuria [1]), ſofern man immer häufiger findet, daß dieſer Schuldgrad wenigſtens beſonders herausgehoben und eigenthümlich gewürdigt wird, ſo z. B. ganz beſonders entſchieden und weſentlich mit der hier vorgetragenen Anſicht übereinſtimmend, von Roßhirt Geſch. und Syſtem II. S. 212—214. Heffter §. 67 [2]). Auch Berner ſtreift hier ganz an den entſcheidenden Punkt, wenn er, von der Unbrauchbarkeit bloß quantitativer Eintheilungen der culpa ausgehend, auf die Unterſcheidung derſelben in Frevelhaftigkeit (luxuria) und Unvorſichtigkeit als die einzig mögliche qualitative kommt. — Er hat mit der Behauptung dieſes Unterſchieds als eines qualitativen ſo ſehr Recht, daß man ſich nur wundern muß, wie er und Heffter dieſe Unterſcheidung überhaupt noch innerhalb der culpa ſtehen laſſen mögen, während ſie doch die luxuria als ein Mittelding zwiſchen dolus und culpa ſchildern. Berner ſagt, eine culpa mit dem Bewußtſein der Möglichkeit des verbrecheriſchen Erfolgs ſei allerdings denkbar. Wer etwa mit einem unbeſchirmten Lichte in ein Pulvermagazin gehe, wer aufs geradewohl ein Gewehr an einem nicht ganz unbelebten Orte abſchieße, wohlwiſſend, welche entſetzlichen Folgen ſich an ſolche Handlungen anknüpfen können, der brauche darum dieſe Folgen noch keineswegs dolos herbeigeführt zu haben. Ganz richtig. Da-

---

1) ſ. ſchon v. Almendingen Bibl. f. peinl. Rechtsw. II. 2. S. 16—18. 46. 63. dagegen aber Oerſted Grundregeln S. 238.

2) Vergl. Weber N. Arch. VII. S. 571—573.

rin liegt der Unterſchied der luxuria vom dolus eventualis. Wenn übrigens hier B. ſagt, dieſer Unterſchied liege darin, daß der dolus das Bewußtſein von der Nothwendigkeit, dagegen die luxuria nur das Bewußtſein von der Möglichkeit des verbrecheriſchen Erfolgs involvire, ſo vergißt er ganz ſeine eigene richtige Definition des dolus eventualis. Vielmehr iſt bei der luxuria, wie beim eventuellen dolus, nur das Bewußtſein der Möglichkeit, Wahrſcheinlichkeit vorhanden; der Unterſchied iſt aber, daß beim eventuellen dolus eben dieſes als möglich oder wahrſcheinlich Gewußte direkt gewollt wird, bei der luxuria dagegen nicht. Gleichwohl aber iſt die luxuria auch nicht mehr reine culpa. Sie hat, obwohl das kulpoſe Element in ihr überwiegt, doch auch ein doloſes an ſich, welches eben darin liegt, daß der Menſch troß ſeiner Einſicht in die verbrecheriſche Natur ſeiner Handlung frevelhaft, ruchlos drauf loshandelt. Sowenig hier geſagt werden kann, der Erfolg habe direkt im Willen gelegen, ſo gewiß muß doch behauptet werden, er habe indirekt darin gelegen, wovon bei der wahren reinen culpa, der Unvorſichtigkeit niemals die Rede ſeyn kann[1]). Sehr treffend ſagt Heffter: die Schuld liegt hier in dem Mangel an rechtlichem Willen, dasjenige gehörig zu bedenken und zu meiden, was für die Rechte Andrer Nachtheiliges entſpringen kann; ſie iſt das Produkt der höchſten Einſeitigkeit, Rückſichtsloſigkeit oder Rohheit des Willens, oder des höchſten Leichtſinns, der Frivolität, und grenzt zunächſt an dolus. Roßhirt geht ſogar, was allerdings

1) Auch Wirth a. a. O. I. S. 133, obgleich er die luxuria noch zum Verſehen rechnet, erkennt dies an, indem er ſagt, daß, ſobald das wahre Wiſſen ſchon aktuell zu werden anfange, bereits die That durch die ganze Subjektivität, Wiſſen und Wollen, gedeckt (d. h. dolos) zu werden anfange.

Uebertreibung iſt, zu der Behauptung fort, daß die luxuria an innerer Bösheit und Strafbarkeit den impetus überwiege. Immerhin liegt aber hierin das richtige Gefühl, daß dieſer Schuldgrad nicht reine culpa ſei, ſondern zugleich ein doloſes Element in ſich ſchließe. Man würde dies offener anerkennen, wenn man ſich nicht ſeit Feuerbach daran gewöhnt hätte, dolus und propositum zu identificiren. Direkte Abſicht, Vorſatz fehlt freilich bei der luxuria ebenſowohl, als dies auch beim impetus fehlt. Aber Abſichtlichkeit findet gleichwohl bei beiden ſtatt. Dieſe iſt nur dann ausgeſchloſſen, wenn das Bewußtſein von der verbrecheriſchen Natur der Handlung ganz fehlt, wie dies bei der reinen culpa, der Unvorſichtigkeit, der Fall iſt. Nur hier kann von einem bloßen Verſehen, von einer unabſichilichen Rechtsverletzung geſprochen werden, die zwar immerhin noch mittelbar dem Willen zur Schuld fällt, weil dieſer jenes Bewußtſein hätte haben können und ſollen, aber auch eben nur mittelbar, nur als Verſehen. Dagegen, ſo oft der Handelnde ſich die verbrecheriſche Natur ſeiner Handlung wirklich vorgeſtellt hatte und gleichwohl in ruchloſem Leichtſinne drauf los handelte, da hat er ſich nicht mehr bloß unabſichtlich verſehen; ſolche Rohheit und Frivolität kann ſich von dem Vorwurf wenigſtens indirekter Billigung der Folgen, d. h. indirekter Abſichtlichkeit nicht losmachen. — Wenn auf der Stufe des Vorſatzes das Subjekt das Recht des Wiſſens geltend machen darf, ſo darf es allerdings auch auf dieſer höheren Stufe das Recht der Abſicht geltend machen, aber ebenſowenig abſolut, als dort, vielmehr in weit geringerem Umfange. Dort nämlich handelte es ſich um das Verhalten des Subjekts zu den ihm ſeiner innerſten Natur nach fremden objektiven Umſtänden, die es nur durch Wahrnehmung zu Momenten ſeines Bewußt-

ſeins machen kann. War nun dieſe Wahrnehmung eine beſchränkte, ſo beſtand die Schuld nur in einem, zwar nicht verzeihlichen, aber doch auch nicht dem Begriffe des Menſchen als denkenden Weſens geradezu widerſprechenden Irrthum. Ganz anders hier, wo es ſich nicht mehr um einen bloßen Irrthum, einen Mangel des Bewußtſeins in Beziehung auf die dem Subjekt urſprünglich fremden äuſſeren Objekte, ſondern um einen Widerſpruch gegen den Begriff des ſubjektiven Geiſtes ſelbſt, als eines weſentlich denkenden, allgemeinen handelt. Die Forderung, daß der Menſch in den beſonderen Seiten ſeiner Handlung deren allgemeine Natur, ihre begriffsmäßige Qualität erkenne, geht aus dem Begriffe des menſchlichen Geiſtes ſelbſt hervor. Sobald daher der Handelnde überhaupt zurechnungsfähig iſt, ſo kann er die hierin liegende obligatio ad diligentiam nicht von ſich abweiſen; hat er als ſinnlich Einzelner, im Affekte oder im Leichtſinne gehandelt, ſo iſt ihm zwar keine direkte, wohl aber eine indirekte Abſicht zuzurechnen, weil er keineswegs bloß aus Verſehen einen nicht gewollten, ſondern — im erſten Fall einen gewollten, wenn gleich nicht deutlich gewußten, im zweiten Fall einen gewußten, wenn gleich nicht direkt gewollten Erfolg hervorgebracht hat. (Vergl. noch J. d'Anethan de meditato delicto beſonders S. 16. 20. und Roßhirt im N. Arch. VIII. S. 381—395.

§. 112.

Von den Fällen der indirekten Abſicht iſt daher wohl zu unterſcheiden der Fall einer bloß äuſſerlichen Konkurrenz von dolus und culpa (culpa dolo determinata), welcher ebenſo angeſehen werden muß, als ob die doloſe und die kulpoſe Handlung zu verſchiedenen Zeiten verübt worden wäre, daher keineswegs, wie dies mit der indirekten Abſicht der Fall iſt, einen beſonderen Schuldgrad begründet.

Anm. — Hierher gehören nun die bei Heffter §. 70. unter 3—5 angef. Aberrationsfälle, z. B. wenn der Dieb durch Unvorſichtigkeit mit dem Lichte zugleich eine Feuersbrunſt erregt, wenn durch Nothzucht an einer Schwangern zugleich ein Abortus verurſacht, durch einen auf Wilddieberei Ausgegangenen ein verſteckt liegender, von ihm für ein Wild gehaltener Menſch getödtet wird u. ſ. f. vergl. Wächter §. 81. Luden §. 39 (der mit Recht die beſchränkte Faſſung des Württembergiſchen und des Hannövriſchen Geſetzbuchs tadelt, ſofern allerdings der fahrläßig hervorgebrachte Erfolg nicht nur ein größerer, ſondern auch ein geringerer ſeyn kann, als der beabſichtigte). — Es iſt jedoch, wie ſchon bemerkt, ein Irrthum, wenn die gewöhnliche Doktrin mit dieſem Begriff der culpa dolo determinata die Lücke auszufüllen glaubt, welche durch das Herausfallen des dolus indirectus entſteht. Wenn Berner S. 257. 258 meint, man würde nicht auf den Begriff des dolus indirectus gekommen ſeyn, wenn man den Begriff der Frevelhaftigkeit richtig erfaßt hätte, ſo liegt hierin etwas ſehr Wahres. Im Begriff der indirekten Abſicht liegt eben das Handeln im Affekt und das Handeln in frevelhaftem Leichtſinn. Es iſt aber gerade verkehrt, wenn die Frevelhaftigkeit, als bloße culpa, neben die Unvorſichtigkeit geſtellt wird. Daſſelbe richtige Gefühl findet ſich bei Heffter §. 70 unter nr. 6. vergl. Anm. 7. und bei Luden Handb. §. 39 ausgeſprochen. Insbeſondere ſagt letzter treffend, daß man Konkurrenz von dolus und culpa nur dann annehmen dürfe, wenn die verſchiedenen Erfolge neben einander beſtehen können, daß dagegen der Begriff der culpa dolo determinata ausgeſchloſſen bleiben müſſe, wo das Gegentheil ſtattfinde, indem hier überall nur Eine, entweder doloſe oder kulpoſe, Handlung angenommen

werden könne [1]). Wenn hier in Ludens Sinn und nach Heffters ausdrücklicher Erklärung vorzüglich von dem Begriff der luxuria Anwendung gemacht werden ſoll (namentlich dann, wenn Jemand gefährliche Handlungen unternimmt, deren Folgen ſich nie mit Sicherheit berechnen laſſen), ſo liegt hierin das richtige Bewußtſein, daß der Begriff der culpa dolo determ. keineswegs Alles das leiſte, was man anfänglich von ihm erwartet hatte, daß er insbeſondere den alten dolus indirectus keineswegs erſetze, insbeſondere da nicht, wo die Handlung in ſich Eins iſt und kein mechaniſches Nebeneinander von dolus und culpa angenommen werden kann. Wenn nun in die richtig empfundene Lücke der in dieſem Sinne neue Begriff der luxuria eingeſchoben, zugleich die gegenüber der Prämeditation viel geringere Strafbarkeit des impetus anerkannt wird, ſo iſt für den praktiſchen Gebrauch im Weſentlichen daſſelbe erreicht, was hier theoretiſch konſtruirt wird; d. h. es ſtellen ſich vier eigenthümliche Schuldſtufen heraus: prämeditirter dolus (direkte Abſicht), impetus, luxuria, einfache culpa. Allein iſt es nicht inkonſequent, die Kluft zwiſchen Prämeditation und impetus, ſowie zwiſchen luxuria und culpa theoretiſch wieder dadurch zu verwiſchen, daß man den erſten Gegenſatz unter das genus des dolus, den zweiten unter das der culpa zwängt, während in unſrer Darſtellung die Stufenfolge weit natürlicher ſich darſtellt? Die Sache hat aber auch ihre praktiſche Seite. Zwar vom impetus iſt es, trotz der irrigen Theorie, allmälig zum allgemeinen Bewußtſein gekommen, daß er in praktiſcher Beziehung einen eigenen Schuldgrad — tief unter dem prämeditir-

---

1) ſ. auch Wächter I. §. 81. n. 61. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 60. Marezoll S. 74. n. 2.

ten dolus bilde [1]). Dagegen iſt die luxuria in ihrer Eigenthümlichkeit noch keineswegs gehörig gewürdigt, was auch Heffter zugeben wird, da er ſie zunächſt an den dolus grenzen läßt. Sie erſcheint noch in den neuen Geſetzgebungen als bloße Unterart der culpa überhaupt, und wird als ſolche viel zu mild behandelt, da ſie vielmehr in der Strafbarkeit dem impetus ganz zunächſt gerückt ſeyn ſollte — ein Nachtheil, der bloß dem herrſchenden theoretiſchen Irrthume zuzurechnen iſt. Würde aber die wahre Natur der indirekten Abſicht in ihren beiden Formen, impetus und luxuria, gehörig eingeſehen, ſo würden auch mehrere beſtimmten Verbrechen, deren Begriffe ſich vorzugsweiſe auf dieſem Gebiete bewegen, und von denen hier nur beiſpielsweiſe das Duell und die Ausſetzung erwähnt ſeyn ſollen, weit richtiger behandelt werden, als es gewöhnlich in den Lehrbüchern geſchieht (in den neuen Geſetzbüchern hat hier häufig ein richtiger praktiſcher Takt die doktrinären Schranken durchbrochen und den irrigen Dogmen der vorausgeſetzten Schuldlehre zum Trotz die begriffsmäßige Entſcheidung herbeigeführt, wie dies z. B. an dem Württembergiſchen Strafgeſetzbuch bei verſchiedenen intereſſanten Punkten klar aufgezeigt werden kann).

Anm. 2) — Am Schluſſe der vorſtehenden Entwicklung der Schuldlehre dürfte es am Platze ſeyn, noch beſonders zu erinnern, daß die gegenwärtig größten-

1) Vergl. Heffter §. 97. Marezoll §. 42. l. 11. §. 2. D. de poenis. Dazu Elvers Prakt. Arbeiten. S. 236. Meine Schrift über Mord und Todtſchlag. S. 173 ff. Roßhirt Geſch. u. Syſt. II. S. 208 ff. Ueber franz. und engl. Recht ſ. die Literatur bei Mittermaier not. 1. zu Feuerbach §. 215. Bair. GB. Art. 151. Sächſ. GB. Art. 123. Württ. GB. Art. 245. Bad. Entw. Art. 187.

theils noch herrſchende Anſicht über dolus und culpa überall erſt von dem Einfluſſe der kritiſchen Philoſophie auf die Bearbeitung des Strafrechts datirt, während die früher herrſchende Doktrin von den Einſeitigkeiten dieſer Anſicht nichts wußte. Vor dem gedachten Zeitpunkte nämlich findet man freilich überhaupt keine tiefer eingehenden Unterſuchungen über die Natur dieſer Begriffe, an deren Stelle man ſich theils mit den Ausſprüchen des poſitiven Rechts, theils mit den Forderungen des geſunden Menſchenverſtandes, wie ſie das praktiſche Bedürfniß mit ſich brachte, begnügte. Denn, wenn auch gleich die erſte (dogmatiſche) Periode der modernen Deutſchen Rechtsphiloſophie neben andern Disciplinen auch dem Strafrechte ſeine Theorieen zukommen ließ, ſo iſt doch der im Weſentlichen unſchuldige Charakter jener Theorieen hinlänglich bekannt, um zum Voraus vermuthen zu laſſen, daß ſie das Centrum der ſtrafrechtlichen Begriffe ſo wenig als möglich berührt haben werden. Je weniger es in ihrer Abſicht lag, Recht und Staat überhaupt und ſo auch das Strafrecht ſpekulativ zu konſtruiren, je mehr ſie ſich vielmehr damit begnügten, für das als gegeben Angenommene verſtändige Erklärungsverſuche vorzubringen und im Einzelnen auf Verbeſſerungen hinzuführen, deſto weniger konnte es ihnen auch darum zu thun ſeyn, die philoſophiſche Kritik auch auf ſolche Punkte auszudehnen, welche, wie die Schuldlehre, ihnen von dem poſitiven Rechte genügend behandelt und mit jeder Begründungsweiſe des Strafrechts im Ganzen vereinbar erſcheinen mochten [1]). So ſehen wir denn, daß

1) Dabei war es freilich ungeſchickt, wenn man den dolus als animus nocendi definirte, u. dgl. ſ. jedoch auch Cicero pro Tullio c. 25. bei Birnbaum N. Arch. 1837. S. 280. und den Code pénal v. J. 1791. ebend. S. 301. und Birnbaum ſelbſt S. 493 ff.

man ſich damit begnügte, das doloſe Verbrechen als vorſätzliches oder abſichtliches Verbrechen zu definiren, womit dann eben nur der Gegenſatz zum Unvorſätzlichen, Unabſichtlichen, zum Zufall oder Verſehen, ausgedrückt werden ſollte. Darüber, daß im dolus ebenſowohl die indirekte, als die direkte Form enthalten ſei, hatte man keinen Zweifel, wie denn der Kampf gegen den dolus indirectus erſt von dem Standpunkte der kritiſchen Philoſophie aus begonnen wurde [1]). — Wenn nun hier dieſer Kampf als ein theilweiſe unberechtigter und in ſeinem Reſultate ſchädlicher bezeichnet wird, ſo ſoll damit keineswegs geläugnet werden, daß er nicht relativ auch ſeine ſehr gute Berechtigung gehabt habe. Nicht nur inſofern, als man den ſcharfen, oft derben Erörterungen jener lebensfriſchen kritiſchen Schule überhaupt erſt ein lebendiges Bewußtſein der Wiſſenſchaft über die Wichtigkeit der Schuldfrage, und eine wahrhaft wiſſenſchaftliche Behandlung derſelben verdankt, ſondern auch gegenüber der vorher herrſchenden Doktrin inſofern, als die kritiſche Schule ihren naturrechtlichen Vorgängern erſt aufwies, was in den von dieſen ſelbſt früher angeregten Principien liege und wie dieſe ausgebeutet werden müſſen. Denn auch vor der Erſcheinung der kritiſchen Philoſophie hatten ja viele ihrer Hauptgrundſätze über Recht und Staat bereits in den dogmatiſchen Naturrechtslehren kurſirt; auch dieſe hatten den Staat als eine durch Vertrag producirte Rechtsſicherheits- oder Glückſeligkeits-Anſtalt geſchildert und demgemäß das Strafrecht auf ver-

---

1) Chriſtiani Kiel. Magazin I. 3. II. 3. Püttmann D. de distinct. 1. animum occ. dir. et indirectum. Eckhard Pr. de dolo indir. Semas Betracht. über den ſ. g. dol. indir., beſonders aber Feuerbach Bibl. II. 1. nr. 5. §. 13. 14.

ſchiedene Zwecke gegründet. Allein wie jene Theorieen im Gebiete des Staatsrechts mit den inhaltſchwerſten Gedanken, wie ſie nachher in der franzöſiſchen Revolution zum Vorſchein kamen, nur ein harmloſes Spiel trieben, in eben ſolcher wiſſenſchaftlichen Impotenz und ſchulmäßiger Selbſtgenügſamkeit werden auch die Fragen des Strafrechts verhandelt, dergeſtalt, daß man ſich wenig darum kümmerte, den Gedanken einer Zweckbegründung des Strafrechts auch folgerecht durchzuführen, da man ja ſogar häufig keinen Anſtand nahm, neben einer ſolchen relativen Begründung auch eine abſolute (wenn auch nur in moraliſcher oder privatrechtlicher Wendung) mit in den Kauf zu geben. Sicherlich war es daher kein geringes Verdienſt der kritiſchen Philoſophie, wenn ſie in dieſes unreife naturrechtliche Raiſonnement theilweiſe mit Fäuſten drein ſchlug und vor Allem Konſequenz der ſyſtematiſchen Konſtruktion verlangte. Dies kann man jedoch vollkommen zugeben, und gleichwohl die Anſicht haben, daß die Schuldlehre ihrem Inhalte nach von der älteren Doktrin in vielen Stücken richtiger aufgefaßt worden ſei, und zwar eben deshalb, weil ſich dieſe hier von keinen theoretiſchen Vorausſetzungen beſtimmen, ſondern hauptſächlich durch das praktiſche Bedürfniß leiten ließ. —

Den Knotenpunkt in der ganzen Lehre bildet eben der dolus indirectus, an deſſen Exiſtenz die Doktrin von Karpzov herab [1]) keinerlei Zweifel gehabt hatte. Allerdings iſt nun zuzugeben, daß unter dem dolus indirectus die ältere Doktrin Manches zuſammenfaßte, was jetzt, nachdem die Begriffe ſich genauer und ſchärfer ent-

1) Carpzov Pract. crim. qu. 1. nr. 31. ff. Leyser Med. ad Pand. sp. 601. 603. Böhmer ad Carpz. qu. 1. obs. 2. Klein Peinl. Recht. §. 123.

wickelt haben, unbedenklich davon getrennt werden kann und muß. Immerhin aber war doch auch das Richtige darunter enthalten, und der Begriff an und für ſich füllte für das praktiſche Bedürfniß eine weſentliche Lücke aus. — Man hat ſich heutzutage, nach Feuerbachs Vorbild [1]), ganz daran gewöhnt, zu meinen, der alte dolus indirectus, ſoweit man darunter nicht etwa einen indirekt bewieſenen dolus directus verſtanden habe, ſei ein juriſtiſches Unding geweſen, und mit Recht ſei nun an ſeine Stelle die Feuerbachiſche culpa dolo determinata getreten. Etwas billiger gegen die alte Doktrin iſt neuerdings Luden Hdbuch. §. 36. Anm. II. verfahren, und, wie dieſer, ſo haben jetzt auch andre (ſ. o.) das Bedürfniß gefühlt, an die Stelle der verunglückten culpa dolo determinata wieder andre Begriffe einzuführen, die weſentlich ganz auf den hier aufgeſtellten Begriff der indirekten Abſicht hinauslaufen. — Nun iſt gewiß nicht zu läugnen, daß unter dem alten dolus indirectus allerdings auch die Fälle des nur indirekt bewieſenen dolus directus, insbeſondere, wo er als dolus eventualis oder indeterminatus erſcheint, mitverſtanden wurden, und inſoweit iſt Feuerbachs Scharfſinn durchaus anzuerkennen, wenn er dies eingeſehen und auf die Aufſtellung einer beſondern Form des dolus indirectus als dolus indeterminatus oder eventualis gedrungen hat. Allein ein Irrthum war es, wenn man damit den ganzen dolus indirectus beſeitigt zu haben glaubte. Schon Carpzov trifft im Ganzen die Sache richtig, wenn er ſagt: Fertur voluntas quandoque directe et per se, quandoque indirecte et per accidens. Directe fertur

1) Indeſſen ſtellt es der ſcharfſinnige Denker ſelbſt §. 60. n. b. ſeines Lehrbuchs als zweifelhaft hin, ob die Geſetzgebung Grund haben könne, die c. dol. det. geringer, als den dol. indeterm. zu ſtrafen?

voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi, et haec est perfecta propriaque homicidii malitia. Indirecte autem et per accidens fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate et per se, non per accidens, homicidium sequitur. Nam in id, quod per accidens sequitur, nullo modo fertur voluntas, nec directe, nec indirecte (offenbar der ganz treffend angegebene Unterſchied zwiſchen Abſicht und Verſehen). Unde sequitur, duplicem esse voluntatem committendi homicidii: directam et indirectam. Illam habet, qui occidendi animo aliquem aggreditur, hanc vero, qui vulnus infligit, ex quo immediate sequitur homicidium. Utraque autem voluntas in actum homicidii fertur. Pract. nov. P. I. qu. 1. nr. 31. 32. Hier liegt das richtige Bewußtſein zu Grunde, daß man beim Eintritt einer nothwendigen Folge einer Handlung die Schuld der Abſicht nie von ſich abwälzen könne, wenn man auch die Folge keineswegs direkt ſich vorgeſetzt habe. Mag C. hier immerhin auch an die Fälle gedacht haben, wo ein Angeſchuldigter fälſchlich einen beſchränkteren Vorſatz vorſpiegelt, während ihm ex re ein weitergehender direkter Vorſatz nachgewieſen werden kann, ſo hat er doch ohne Zweifel auch die Fälle des impetus und der luxuria in Gedanken gehabt; ja nach ſeinen Worten hat man anzunehmen, daß ihm dieſe vorzugsweiſe vorgeſchwebt haben, denn ſie ſind es gerade, bei welchen der animus occidendi fehlt, gleichwohl aber voluntas fertur in id, ex quo immediate et per se homicidium sequetur. Der Unterſchied der nothwendigen und der bloß mittelbaren Folge, der die Grenze zwiſchen dolus und culpa ausmacht, iſt bei C. ſehr treffend feſtgehalten, und ebendeswegen müſſen impetus und luxuria, bei denen es ſich ſtets nur von einer nothwendigen, nie von einer bloß

mittelbaren Folge handelt, unter ſeinen dolus indirectus fallen. — Dagegen paßt nun umgekehrt die Schilderung, welche Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 597. med. 17. sp. 601. 603. von dem dolus indirectus giebt, vorzüglich nur auf den indirekt bewieſenen dolus directus, insbeſondere in der Form des eventuellen dolus. In der berühmten Nettelbladt-Glänzer'ſchen Diſſertation iſt die Argumentation eine ähnliche; allein hier wird doch mit größerer Entſchiedenheit auf den Fall der luxuria hingedeutet, während der des impetus mit ſichtbarer Unſicherheit behandelt iſt. Treffend iſt auch hier gleich im Anfang der Unterſchied zwiſchen dolus und culpa angegeben, indem zum Verſehen überall nur die unvorhergeſehenen, bloß mittelbaren Folgen gerechnet werden. Sofort heißt es beim dolus: Si agens scit, ex sua actione praeter id, quod intendit, eadem facilitate aliud quid sequi posse, quoad hoc, si sequitur, in dolo est. Agens enim, si scit, quod ex sua actione aliud quid, quam id, quod directe intendit, aeque facile sequi possit, quoad hoc, quod praeter id, quod per se vult, sequitur, non est in ignorantia, sed eo sciente producitur. Ergo quoad id, quod sequitur, sciens agit. Cumque se determinet ad edendam actionem, ex qua aliud quid, quam quod per se vult, sequi potest, velle etiam id, quod sequi potest, praeter id, quod per se vult, necesse est, et quidem vero, quamvis indirecte, cum, nisi velit, quod indirecte vult, ad talem actionem se determinare non posset, hinc et volens quo ad id, quod sequitur, agit. Ergo est in dolo. Hierin liegt nicht, wie Michelet meint, der eventuelle dolus, ſondern offenbar die luxuria beſchrieben, was Berner richtig fühlt. Weiterhin findet ſich dann auch der Fall des impetus erledigt, indem (§. 22) die Erforderniſſe des Todtſchlags

aus indirekter Abſicht angegeben werden, und hiebei allerdings zunächſt eine Schilderung des dolus eventualis gegeben, hinterher aber wieder geſagt wird, der Handelnde brauche nicht das Bewußtſein gehabt zu haben, daß aus ſeinem Thun ebenſoleicht der Tod, als eine bloße Verwundung folgen könne; habe er nämlich nur überhaupt die Abſicht zu ſchaden gehabt, und ſei aus ſeinem Thun der Tod als unmittelbare Folge (per se) hervorgegangen, ſo müſſe der Thäter wegen dolus indirectus haften, wenn er gleich jenes Bewußtſein nicht gehabt zu haben vorgebe, ſobald nur nach geſundem Menſchenverſtande klar ſei, daß aus ſeiner Handlung Todtſchlag habe entſtehen müſſen. Ergänzend tritt hier die Ausführung von Meiſter (N. Arch. I. S. 106 ff.) ein, welcher als Requiſite des dolus indirectus folgende anführt: a) die Handlung müſſe mehrere vorausſehbare Erfolge haben, b) ſie müſſe unter allen möglichen Erfolgen Verbrechen bleiben, c) unter den mehreren möglichen und vorausſehbaren Erfolgen könne die Handlung, je nachdem der ſchlimmſte eintrete, das höchſte Verbrechen in der gegebenen Art (z. B. Tödtung) werden, oder ein geringeres (z. B. Verwundung), d) die als möglich vorausſehbaren Erfolge können ſämmtlich mit gleicher Leichtigkeit eintreten. In ſolchem Fall nun, ſagt Meiſter, ſei eventuale Ergebung ſonnenklar, d. h. diejenige Gemüthsſtimmung, in welcher man die ſträfliche Handlung verwirkliche, auch auf denjenigen Fall, wo der ſchlimmſte Erfolg ſich ereignen möchte, bloß um ſeiner leidenſchaftlichen Abſicht zu genügen. (Man wollte den ſchlimmſten Erfolg nicht an ſich, aber man wollte doch die leidenſchaftliche Abſicht geltend machen, wenn auch auf Koſten des ſchlimmſten Erfolgs). Da nun Meiſter zu allem dolus deutliches Bewußtſein der Folgen fordert, ſo läuft

freilich ſein dolus indirectus auf den dolus directus indeterminatus oder eventualis hinaus. Gleichwohl liegt gerade in ſeiner Beſchreibung des dolus indirectus, bei welcher er das deutliche Bewußtſein der Folgen hinwegläßt, ganz das Weſen des unter der Form des impetus auftretenden dolus indirectus. — Auch Klein, der bereits zu den Bekämpfern des dolus indirectus gehört, erkennt doch noch an, daß die Theorie von dieſem dolus gerade im Falle eines Todtſchlags meiſtentheils mit Nutzen gebraucht werden könne (Annalen IV. S. 78); wobei er denn auch die für den Fall des impetus ſehr praktiſche Bemerkung beifügt: „Was der Verbrecher hinterdrein von ſeiner Abſicht ſagt, iſt ſelten richtig. Wird in ihn gedrungen, etwas zu ſagen, was er vielleicht ſelbſt nicht weiß, ſo macht er ſich ein Syſtem, wie es ihm unter den gegebenen Umſtänden am wahrſcheinlichſten und für ihn am zuträglichſten ſcheint." Wenn gleich nun aber in der früheren Doktrin die richtige Beurtheilung der Fälle der indirekten Abſicht allerdings mitliegt, ſo darf doch nicht verkannt werden, daß es derſelben an der Schärfe der Begriffe durchaus fehlte, woher es denn eben kam, daß ſie neben den wirklichen Fällen zur indirekten Abſicht auch mehreres Andere rechnete, was nicht dahin gehört, insbeſondere ſolche Fälle, welche offenbar nur Konkurrenz von dolus und culpa enthalten, und ſolche, wo ein wahrer direkter dolus eventualis nur ex re bewieſen wird. (vergl. Klein Annal. III. 1 ff. IV. 66 ff. IX. 334 ff. XII. 159 ff.). Eben dieſe Unbeſtimmtheit der Begriffe iſt auch in einigen auf die ältere Doktrin gegründeten Geſetzgebungen erſichtlich, ſo im Preuß. Allg. Landrecht [1]) (vergl. das Preuß. Edikt über Kindsmord von

---

1) Art. 866. 1056. 1514 ꝛc.

1765), wo wahre Fälle des dolus indirectus mit dem bloßen indirekten Beweiſe der direkten Abſicht zuſammengeworfen, auch Fälle bloßer culpa dolo determinata auf dieſelbe Weiſe behandelt werden. ſ. auch das Oeſtr. und Bair. Strafgb. Art. 1. [1]) — Hiedurch war die Kritik hinlänglich gerechtfertigt, wenn ſie einem ſo monſtröſen Begriffe ſcharf zu Leibe gieng. Indeſſen läßt ſich zeigen, daß gerade durch dieſes kritiſche Geſchäft, obgleich ſein Reſultat die unbedingte Verwerfung alles dolus indirectus war, doch gerade erſt die richtige Anſicht über die Sache vorbereitet wurde. Denn eben, indem man ſich bemühte, die verſchiedenen Modifikationen des Schuldbegriffs zu ſondern, mußte man nothwendig auf die richtigen Unterſchiede kommen, die in den früheren Vorſtellungen ungeſondert durcheinanderlagen, wobei man denn wohl darüber hinwegſehen kann, daß man, unter der Herrſchaft einer Philoſophie, die über die abſtrakte Differenz von dolus und culpa nicht hinauskommen konnte, die Fälle der indirekten Abſicht bald zum dolus, bald zur culpa dekretirte. Erſteres geſchah z. B. von Klein [2]), welcher dolus, als poſitivböſen Willen, von culpa, als negativböſem Willen unterſcheidet, und ſofort als Arten des dolus angiebt; a) aus boshaftem Vorſatz unternommene geſetzwidrige Handlungen, d. h. wenn die geſetzwidrige Wirkung der Handlung als nothwendige Folge derſelben deutlich gedacht und gewollt wurde, b) vorſätzlich geſetzwidrige, aber nicht boshafte, d. h. wenn die geſetzwidrige Wirkung als nothwendige Folge der Hand-

1) Art. 1, was freilich Kitka im N. Arch. 1835 S. 242 ff. wegzuinterpretiren ſucht. Vergl. auch Jenull öſtr. Crim. Recht. I. S. 82—87, der die Feuerbachiſche culpa dolo determinata in das Geſetz hinein interpretirt. Vergl. Bair. GB. Art 41. 149.

2) Peinl. Recht. §. 120. ſ. A. Arch. I. S. 96. II. S. 216 ff.

lung nur undeutlich gedacht oder gar nicht gewollt, ſondern nur zugelaſſen wurde, c) gefährliche, wenn die geſetzwidrige Wirkung als mögliche Folge deutlich gedacht wurde, d) aus Muthwillen unternommene, wenn die Handlung, ohne deutliches Bewußtſein der Folgen, doch mit Gleichgiltigkeit gegen Folgen aller Art unternommen wurde. Von dieſen Arten iſt nun offenbar bloß die erſte direkter dolus; die drei andern drücken, freilich etwas unbehilflich das aus, was hier mit indirekter Abſicht bezeichnet wird; namentlich iſt unter c) ganz ſtrikt der Fall der luxuria enthalten, während d) ebenſo in das Gebiet der reinen culpa, wie b) in das des dolus eventualis hinüberſchweift. Etwas präciſer iſt Kleinſchrod [1]), der wenigſtens den Fall des dolus eventualis richtig herausſondert und den übrigen, in dem alten dolus indirectus zuſammengeworfenen Fällen gegenüberſtellt. Im Uebrigen meint er, man müſſe prämeditirte Handlungen von ſolchen unterſcheiden, deren Entſtehungsgrund in einem geſchwind gefaßten Entſchluſſe liege. Bei letzteren könne man dem Handelnden nicht zumuthen, daß er die ſchlimmen Folgen ſeiner Handlung ſehr leicht habe einſehen können, alſo in dieſelben eingewilligt habe; denn zu einer ſolchen Einſicht und Ueberlegung fehle ihm die Zeit, hier ſei daher bloße Konkurrenz von dolus und culpa vorhanden. Umgekehrt, wenn eine Handlung mit Ueberlegung vorgenommen worden ſei, komme es darauf an, ob Folge und Handlung innig verbunden ſeien, jene aus dieſer leicht und gewöhnlich entſtehe, oder nicht. Wenn nun die Folge nicht nothwendig und nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge aus der Handlung entſtehe, alſo von dem gemeinen Menſchenverſtande des

1) Syſtem. Entw. I. §. 19—23.

Handelnden nicht leicht vorauszuſehen geweſen ſei, ſo ſei die Folge nie zum dolus zuzurechnen; wenn aber ein Ereigniß mit der Handlung ſo innig verbunden ſei, daß es nach dem gemeinen Laufe der Dinge gewöhnlich und faſt allezeit ſich ergebe, und dieſes jeder geſunde Menſchenverſtand einſehen könne, dann ſei dem Unternehmer der überlegten Handlung deren Folge zum dolus zuzurechnen. Endlich könne einer auch vorhergeſehen haben, daß ſeine Handlung dieſe oder jene Folge haben könne, aber er wolle dieſe Folge nicht, hoffe vielmehr, daß ſie nicht eintreten werde; hier ſei die Folge als kulpos zu betrachten. Obgleich nun ſein Reſultat dahin ausfällt, daß nach Abtrennung des dolus eventualis alle übrigen Fälle des indirekten dolus unter den Begriff der culpa fallen, ſo liegt in ſeiner Darſtellung doch wenigſtens eine ganz richtige Heraushebung der beiden Fälle des impetus und der luxuria. Wenn er übrigens in Beziehung auf die letztere von „aller möglichen Bemühung, den Eintritt der Folge zu verhindern" ſpricht, ſo iſt dies gewiß nicht ſehr praktiſch; denn hier iſt immer Frevelhaftigkeit vorhanden, wie denn auch Kleinſchrod ſelbſt ſagt, es handle ſich hier um einen ſehr hohen Grad von culpa. Daß er beide Fälle zur cupla rechnet, ſcheint mit ſeiner Anſicht über den Beweis des dolus zuſammenzuhängen, von dem er glaubt, daß er in letzter Inſtanz nur durch Geſtändniß geführt werden könne. Da nämlich der Beweis des indirekten dolus vorzugsweiſe Beweis ex re iſt, ſo konnte ihm Kl. nicht günſtig ſeyn. (Zwar muß er einen ſolchen Beweis doch wenigſtens für ſeinen dolus eventualis ſtatuiren, kommt aber damit ſichtlich in's Gedränge, und weiß ſich nur mit der Empfehlung von Zwangsmitteln zu helfen, um doch noch ein Geſtändniß herauszubringen.) Wie Kleinſchrod,

ſo ſuchte auch Grolman [1]) die Erbſchaft des alten dolus indirectus im Gebiete der culpa unterzubringen. Er unterſcheidet folgende vier Fälle: a) der Handelnde ſieht voraus, daß, um ſeinen Zweck zu realiſiren, die Handlung nebſt Folgen nothwendig bewirkt werden müſſe; b) der Handelnde hält den Erfolg nicht für nothwendig, ſieht aber doch voraus, daß das Streben nach Realiſirung ſeines Zwecks denſelben bewirken könne; c) er hätte vorausſehen können und ſollen, daß, um ſeinen Zweck zu realiſiren, der Erfolg bewirkt werden müſſe; d) er hätte vorausſehen können und ſollen, daß infolge der Realiſirung ſeines Zwecks dieſer Erfolg entſtehen könne. Von dieſen Fällen erklärt nun Grolman nur den erſten für dolus, die drei andern aber für culpa. Letzteres deshalb mit Nothwendigkeit, weil er den dolus ganz entſchieden auf den Begriff des Vorſatzes reducirt. Es iſt aber wieder klar, daß nur der Fall d) wirkliche culpa iſt, während unter b) die luxuria, unter c) der impetus ausgedrückt ſind. Während nun die bisher Genannten den dolus indirectus bald rein in dolus, bald rein in culpa aufzulöſen verſuchten, ſo erkannte Feuerbach richtig, daß darin beide Elemente liegen, das doloſe und das kulpoſe, und eben deshalb ſetzt er nun den neuerfundenen Begriff der culpa dolo determinata an die Stelle der indirekten Abſicht.

Da nun die konſequenteſte Entwicklung des relativen Strafprincips, wie ſie für lange Zeit maßgebend wurde, eben bei Feuerbach zu finden iſt, ſo iſt es am Platz, ſeine Schuldlehre etwas ausführlicher zu betrachten. Denn erſt bei ihm finden wir alle Reſte der früheren Dogmatik, wie ſie bei Klein, Kleinſchrod, Stelzer,

1) Bibl. I. 1. nr. 1. I. 3. nr. 2.

Stübel u. A., ja ſelbſt bei Grolmann noch herein-ſpielen, vollſtändig vertilgt. Die übrigen Kriminaliſten jener Zeit, wie ſehr ſie auch ſchon vom Geiſte der kritiſchen Philoſophie ergriffen ſeyn mochten, hatten doch das Präventionsprincip noch keineswegs energiſch in die Schuld-lehre eingeführt. Sie ſchilderten insbeſondre die culpa noch ganz in dem weſentlich richtigen Sinne der älteren Doktrin. Die Wolfiſche Schule nämlich definirte die culpa als einen defectus rectitudinis actionis, quoad intellectum vincibilis [1]), und dieſes Moment des Mangels am Bewußtſein, Irrthums, Fehlers des Verſtandes ꝛc. wurde auch noch ſpäter von Almendingen, Stelzer, Salchow, Schröter, Werner [2]) beſonders herausgehoben. Ergänzend hiezu trat die von Klein gegebene Beſtimmung der culpa als des negativböſen Willens ein, welche im Weſentlichen auch bei Kleinſchrod und Grolman ſich findet. Es war hiemit in der That das Weſen des Verſehens richtig beſchrieben, daß es nämlich auf einem Mangel an Bewußtſein beruhe, welcher Fehler des Erkennens aber dem Handelnden als negativböſer Wille zu imputiren ſei. Auch Grolman nämlich führt ausdrücklich das Weſen der culpa auf einen Trugſchluß zurück, der aber vermeidlich geweſen ſei, und findet daher ihren Charakter in dem Negativböſen. Daß dieß nun aber mit der Konſequenz des Präventionsprinzips nicht zuſammenbeſtehen könne, das wurde von Feuerbach mit Entſchiedenheit ausgeſprochen; erſt bei ihm iſt daher die definitive Entſcheidung der kritiſchen Schule über die ganze Oekonomie der Schuldlehre zu ſuchen [3]).

---

1) Nettelbladt de homic. ex intent. indir. commipo. §. 4—7.

2) v. Almendingen über das kulpoſe Verbr. S. 54—85. 239. Stelzer über den Willen. Salchow Lehrb. §. 62. Schröter Lehrb. S. 104. Werner Handb. §. 262. 263.

3) Vergl. noch Renazzi I. B. §. 1. 3. vergl. Filangieri IV.

In der Konſequenz des Präventionsprincips liegt nun daß Jedem, auf den eine Strafe angewendet werden ſoll, ein poſitivböſer Wille nachgewieſen werden mnß[1]), da die Abſchreckung durch das Strafgeſetz nur allein für einen ſolchen einen Sinn haben kann. Es liegt alſo, kurz ausgedrückt, darin die Nothwendigkeit der Zurückführung des geſammten Schuldbegriffs auf den des Vorſatzes und zwar näher des Vorſatzes der Geſetzübertretung. In der That iſt denn auch die Behauptung von Michelet ganz gegründet, daß Feuerbach die culpa in dolus verwandelt habe[2]). Denn er fordert zum Begriff der culpa a) das Daſein einer obligatio ad diligentiam, b) das Bewußtſein dieſer Verbindlichkeit, c) das Bewußtſein, daß die Handlung dieſer Verbindlichkeit zuwiderlaufe, d) den freien Willen des Handelnden. In der Forderung nun, daß das kulpoſe Benehmen das Bewußtſein ſeiner Geſetzwidrigkeit und vorſätzliche Unterlaſſung der Sorgfalt involviren müſſe, liegt die Verwandlung der culpa in dolus ganz offen zu Tage. Auch ſagt F. unumwunden, aus ſeiner Ausführung ergebe ſich, daß ſich in Rückſicht auf die Art der Willensbeſtimmung an ſich die kulpoſe Uebertretung von der doloſen keineswegs unterſcheide; beide ſetzen Verletzung eines Geſetzes voraus, beide fordern als Bedingung Bewußtſein der Uebertretung, beide haben in einem dem Geſetze widerſprechenden Willen ihren Grund; ſie unterſcheiden ſich daher bloß durch die Verſchiedenheit der übertretenen Geſetze und durch die Art, wie die Uebertretung des einen Geſetzes zur Exiſtenz komme. Ohne Zweifel liegt etwas ſehr Richtiges darin,

p. 139. 141. Simeni di delitti I. S. 146. Rossi II. S. 203. Carmignani II. S. 201.

1) ſ. Feuerbach Bibl. II. S. 193. ff.

2) auch Oerſted Grundregeln. S. 251, wo dies als Konſequenz des Standpunkts zugegeben wird.

wenn F. behauptet, daß die culpa nicht bloß als negativ-böſer Wille aufgefaßt werden dürfe und daß, wenn ſie nicht ein poſitivböſes Element hätte, gar kein Verſchulden, weder in moraliſcher, noch in rechtlicher Hinſicht denkbar wäre. Das Unrichtige liegt nur darin, daß dieſes Element in einer vorſätzlichen Geſetzesübertretung geſucht wird, während es vielmehr darin liegt, daß der Handelnde die Bedingung will, welche einen rechtsverletzenden Erfolg als realmögliche Folge involvirt. Jenes iſt daher mit Recht auch von Almendingen getadelt worden, der gut nachweist, daß ſolchergeſtalt die culpa ganz zum dolus werde. Nur freilich muß Almendingen, der gleichfalls von dem Präventionsprincip ausgeht, den Ruhm der größeren Konſequenz ſeinem Gegner laſſen, welcher von jenem Princip aus zu dieſer Einſeitigkeit vollkommen berechtigt war. Denn auf dieſem Standpunkte müſſen nothwendig zwei ſonſt wohl zu ſondernde Begriffe, der der Zurechnung und der Strafbarkeit, allezeit verwechſelt und durcheinander gemiſcht werden. Schuld iſt ja hier nicht die Beſtimmung des Willens zum an ſich Unrechten, ſondern nur Beſtimmung des Willens zum Strafbaren, durch ein Strafgeſetz Verbotenen. Die Bewahrung des Willens vor dem Verbrechen und ſeiner Schuld wird nicht von der Vernunft, ſondern von der abſchreckendeu Kraft, dem pſychologiſchen Zwang des Geſetzes erwartet. Den Gegenſtand der Zurechnung kann daher überall nur die Renitenz gegen das Geſetz bilden, d. h. nur vorſätzliche Geſetzwidrigkeit, da ſich ein negativböſer Wille in dieſer Richtung nicht denken läßt [1]). Hiedurch erhält nun freilich der

---

1) Den diametralen Gegenſatz zu der Auffaſſung Feuerbachs bildet die von Stelzer (über den Willen), welcher umgekehrt allen

an ſich ganz richtige Gedanke Feuerbachs, daß auch in der culpa ein poſitivböſes Element anerkannt werden müſſe, eine ſchneidend einſeitige, die Wahrheit übertreibende Faſſung, vermöge deren gerade das Charakteriſtiſche der culpa, nämlich das Negativböſe, völlig in den Hintergrund und die culpa mehr in ein quantitatives, als qualitatives Verhältniß zum dolus tritt (daher denn auch Feuerbach auf den Gedanken kommen konnte, das Verhältniß ihrer verſchiedenen Strafbarkeit geradezu in Zahlen auszudrücken). Eben weil er nun das innere Weſen der culpa in dolus aufgelöst hatte, konnte er auch, unbeſchadet der Wahrheit, unter den Arten der culpa ſolche aufführen, die von anderm Standpunkte aus vielmehr zum direkten oder indirekten dolus gerechnet werden müſſen, — eine Rechtfertigung, die jedoch keineswegs für die auf ihm fußenden Theorien und Geſetzbücher gilt, welche mit ſeinen Anſichten eklektiſch auch andre, und insbeſondre auch die richtige Anſicht vom Weſen der culpa verbinden zu können glauben. Betrachtet man nämlich die vier, von F. aufgeſtellten Arten von culpa, ſo bemerkt man leicht, daß nur die letzte, die culpa durch Unbedachtſamkeit mit dem richtigen Begriff der culpa Aehnlichkeit hat, während die erſte, culpa aus Fahrläßigkeit, einen Fall der indirekten Abſicht bildet, die beiden mittleren aber, die denn F. ſpäter auch ſelbſt preisgegeben hat, gar nicht in das Gebiet, ſondern in das des reinen direkten dolus gehören. Was nämlich eben dieſe beiden mittleren Arten, die culpa durch Unwiſſenheit des Geſetzes und die culpa durch Uebereilung betrifft, ſo iſt es, ſobald man ſich das

---

dolus ſich in culpa auflöſen läßt, indem er, die allgemeine Vernunft mit der endlichen verwechſelnd, alles böſe Handeln nur aus einer, durch die Sinnlichkeit verſchuldeten, Täuſchung der Vernunft mittelſt ſolcher Vorſtellungen ableitet. ſ. beſonders S. 118. 163.

wahre Weſen des dolus, als der Abſicht, das an ſich Unrechte zu thun, klar macht, ganz natürlich, daß in beiden Fällen, ſobald es ſich eben von eigentlichen Verbrechen, nicht bloß von Polizeiübertretungen handelt, gar nicht von bloßem Verſehen, ſondern lediglich von einem den Begriff des dolus keineswegs ausſchließenden Irrthum die Rede ſeyn kann. Dagegen war es auf Feuerbachs Standpunkt, der alle Verbrechen in die Kategorie der Geſetzesübertretung, d. h. unter den Begriff der Polizeiſtrafgerechtigkeit bringt, durchaus angemeſſen, in beiden Fällen die Möglichkeit eines bloßen Verſehens offen zu laſſen, um ſo mehr, da er andrerſeits wieder durch die aufgeſtellte praesumtio doli beſtmöglichſt dafür geſorgt hatte, den Strafgeſetzen ihre energiſche Wirkſamkeit zu ſichern. — Eben dieſe praesumtio doli nun aber war nur eine einfache Konſequenz deſſelben einſeitigen Princips, vermöge deſſen ſelbſt die culpa den Typus des dolus hatte annehmen müſſen. Während Grolman die Definition des dolus als Vorſatz noch mit einer gewiſſen Naivetät aufſtellte, die um die Folgerungen unbekümmert war, erhielt dieſe Bezeichnung bei Feuerbach [1]) ſogleich einen ganz prägnanten, entſchieden nach der Präventionstheorie berechneten Sinn. Konnte er ſich ſchon die kulpoſe Schuld nicht ohne das Element des propositum denken, ſo mußte vollends die doloſe Schuld bei ihm ganz in dieſem Begriffe aufgehen. Von dem Begriffe der Abſicht konnte bei ihm keine Rede ſeyn, da er alle Zurechnung nur in Beziehung auf den pſychologiſchen Zwang des Strafgeſetzes auffaßte. Unter dolus konnte er daher nichts Anderes verſtehen, als den Vorſatz, ein Strafgeſetz zu übertreten, weßhalb denn das

1) Lehrb. §. 54 u. Mittermaier not. 1. hiezu.

Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit der Handlung, und folgerichtig auch die Kenntniß ihrer Strafbarkeit nach Quantität und Qualität ein nothwendiges Requiſit ſeines dolus ſeyn mußte. Nun konnte aber freilich dem ſcharfen Denker nicht entgehen, was ſchon Kleinſchrod gefühlt und vergebens zu umgehen geſucht hatte, — daß der Vorſatz, als das rein Innerliche, wahrhaft nur durch das Geſtändniß des Handelnden ſelbſt erwieſen werden kann. Und eben die hieraus entſtehende höchſt bedenkliche praktiſche Lücke ſollte nun durch die Präſumtion des böſen Vorſatzes, mithin auch des Bewußtſeins der Geſetzwidrigkeit ausgefüllt werden. — Daß in einem ſolchen Syſtem für den indirekten dolus keine Stelle ſeyn konnte, verſteht ſich von ſelbſt. Die eine Form deſſelben, die Frevelhaftigkeit, hatte Feuerbach unter der culpa untergebracht, und zwar, wie ſchon angeführt, auf eine von der Wahrheit nicht eben ſehr abweichende Weiſe, ſofern die culpa überhaupt bei ihm den Typus des dolus annahm. Für den impetus erfand er die Form des dolus indeterminatus s. eventualis [1]), wie ſich aus dem Beiſpiel ergiebt, das er der Schilderung dieſes dolus zu Grunde legt. Indeſſen ſollte dieſe Form allerdings noch viel mehr, als den Fall des impetus, in ſich befaſſen; mit Recht bemerkt daher auch Berner S. 189, daß in Feuerbachs Erklärung über dieſen Punkt viel Verſchiedenes, ja Widerſprechendes untereinander geworfen ſei. Erinnert man ſich nun überdies, daß er ſelbſt, nach ſeinem Geſtändniß längere Zeit darüber gezweifelt hatte, ob der Fall des Affekts überhaupt unter den Begriff des Vorſatzes gebracht werden könne, da er doch offenbar ein kulpoſes Element enthalte, ſo erſieht man wohl, daß

1) ſ. auch Zachariä über den Verſuch I. §. 30.

eben der Begriff des impetus der Punkt war, der ſich in die Konſequenz des F.'ſchen Syſtems nicht auflöſen laſſen wollte. Und eben dem Bewußtſein hievon hat man wohl mit die Aufſtellung der neuen Form der culpa dolo determinata zu verdanken, womit diejenigen Fälle ihre Verſorgung erhalten ſollten, die ſich nicht unter den Begriff des dolus indeterminatus fügen wollten. Ueberhaupt iſt in's Auge zu faſſen, daß die Kritik Feuerbachs durch ihren Gegenſtand, d. h. den dolus indirectus der Wolffiſchen Schule, ſpecifiſch beſtimmt war. Dieſem Aggregat gegenüber hatte er jedenfalls Recht, wenn er, wie auch Kleinſchrod that, die Form des dolus indeterminatus als eine Unterart des dolus directus hervorhob. Nicht minder hatte er Recht, wenn er aus jenem Aggregat eine Reihe von Fällen ablöste, in welchen eine bloße Konkurrenz von dolus und culpa ſtattfindet. Nur darin hatte er Unrecht, wenn er damit den ganzen Inhalt jenes dolus indirectus für antiquirt anſah. Dieſes Unrecht konnte er aber gar nicht einſehen, da für ihn ein dolus überhaupt nur in dem Sinne des Vorſatzes denkbar war, die Einſicht jenes Unrechts aber gerade die Einſicht vorausgeſetzt hätte, daß mit dieſem Begriff die Natur des dolus keineswegs geſchöpft ſei. Eben ſeine Polemik gegen den dolus indirectus der Wolffiſchen Schule giebt aber den Schlüſſel zur Erkenntniß ihrer eigenen Einſeitigkeit. Er wirft nämlich dieſer Schule ausdrücklich vor, ſie habe einen zu weiten Begriff vom dolus und eben deßhalb einen zu engen von der culpa. Bedenkt man nun, daß Feuerbach ſelbſt die culpa in dolus auflöste, ſo wird man ſeiner Kritik materiell ein Recht zugeſtehen müſſen, das man ihr formell abſprechen muß. Ihm konnten dolus und culpa nicht in der Bedeutung von Abſicht und Verſehen ſich gegen-

über ſtehen, ſondern nur ſo, daß die vorſätzliche Geſetzesübertretung, wenn ſie unmittelbar die Geſetzesübertretung zum Zwecke hat, dolus, dagegen die vorſätzliche Uebertretung des die obligatio ad diligentiam einſchärfenden Geſetzes, wobei die Uebertretung des Hauptgeſetzes nicht Zweck iſt, culpa hieß. So ſehr er daher einerſeits die culpa in dolus auflöste, ſo ſtreng ſtanden gleichwohl auch andrerſeits beide Begriffe in ſeinem Syſteme geſchieden und in direktem Gegenſatze, — als zum Zweckgeſetztes und nicht zum Zweckgeſetztes Unrecht. Da er ſich nun den dolus eben nur als propositum vorſtellte, d. h. als mit deutlichem Bewußtſein verbundenen Vorſatz, ſo konnte für ihn der Begriff einer indirekten Abſicht, welche dolus und culpa in innerer Vereinigung enthält, nichts andres, als ein Unding ſein. Er konnte ſich ein Zuſammenſein beider nur als äuſſerliches Nebeneinander denken, d. h. nur in der Form der culpa dolo determinata. Mit dieſer und dem dolus indeterminatus (verbunden mit der praesumtio doli) mußte er deßhalb den alten dolus indirectus vollkommen beſeitigt zu haben glauben. Da er nun ſowohl den impetus, als die luxuria anderweitig untergebracht hatte, ſo richtete er auch ſeinen Angriff auf den dolus indirectus nicht gegen die Seite, auf welcher er bleibende Wahrheit enthielt, ſondern gerade gegen ſeine ſchadhafte Seite. Und eben in ſo weit hatte er denn auch zu ſeinem Angriff relativ ein gutes Recht, wenn man auch die von ihm vorgebrachten Gründe an ſich nicht als ſtichhaltig gelten laſſen kann. So hat er Unrecht, wenn er ſagt, ein Erfolg, der blos vorher vorgeſtellt und zugelaſſen ſei, könne nicht dolos ſein, weil hiezu die poſitive Billigung, das Wollen als Zweck gehöre. Denn jenes iſt ſogar beim dolus eventualis der Fall, wo häufig genug der Handelnde in

den ſchwereren Erfolg nur ungern willigt, ihn keines Falls unmittelbar als Zweck ſetzte. Der zweite Grund F's. iſt nur eine Wiederholung des erſten. Wenn er aber noch hinzu fügt, man würde ja ſonſt auch dann indirekte Abſicht anzunehmen haben, wenn Jemand eine an ſich unſchuldige Handlung unternehme, aber einſehe, daß daraus leicht eine Rechts-Verletzung entſtehen könne (und die Möglichkeit ihrer Entſtehung billige), ſo hat er ſehr Unrecht, wenn er meint, daß dieß ein Widerſpruch wäre. Denn das macht eben den Charakter der Frevelhaftigkeit aus, daß man die verbrecheriſche Natur der Handlung einſieht und gleichwohl auf die Gefahr hin handelt. Sehr bezeichnend iſt, daß F. ſelbſt hier bemerkt, man könne ſagen, daß der Handelnde die Möglichkeit der Entſtehung der rechtswidrigen Folge billige, — eben damit hat er das doloſe Moment in der luxuria ganz treffend ausgeſprochen. Auch der dritte Grund (was Abſicht ſeyn ſolle, müſſe Zweck ſeyn) iſt nur eine Wiederholung des erſten. Man bemerkt aber leicht, daß dieſer dreifach wiederholte Grund doch nur eine petitio principii enthält. F. dekretirt, daß dolus = Zweckſetzung, Abſicht = Vorſatz ſei. Nun beweist er die Unmöglichkeit einer mittelbaren Abſicht eben wieder damit, daß die Abſicht nur unmittelbare Abſicht, Vorſatz, Zweckſetzung ſeyn könne. Gegen dieſe petitio principii ſteht nun aber die ganze obige Ausführung über das Weſen des dolus, wornach für jeden zueignungsfähigen Menſchen das, was er als Weſen ſeiner Handlung gewußt hat, oder hätte wiſſen müſſen, wenn er nicht ſich durch den Affekt ſein Bewußtſein hätte trüben laſſen, nicht mehr eine bloß mögliche (zufällige) Folge, ſondern ein integrirender Theil ſeiner Handlung ſelbſt iſt, daher zwar nicht zum Vorſatz, wohl aber zur Abſicht imputirt werden muß. Dagegen hat

nun F. vollkommen Recht, wenn er sub. 4) und 5) der Wolffiſchen Schule vorwirft, daß ſie unter ihrem indirekten dolus ſowohl den dolus indeterminatus, als die culpa dolo determinata verberge. Indeſſen bemerkt auch Berner, der im Uebrigen Feuerbach's Syſtem zu retten ſucht, daß dieſe culpa dolo determinata theils Fälle eines wirklichen eventuellen dolus, theils Fälle der Frevelhaftigkeit irrthümlich unter ſich begreife. Wenn endlich 6) Feuerbach ſagt: ſobald man behaupte, daß auch in Beziehung auf den Erfolg direkte Abſicht vorhanden geweſen ſei, ſo behaupte man ja gerade unumwunden, daß es keine indirekte Abſicht gebe; um deren Denkbarkeit zu zeigen, behaupte man alſo ihre Unmöglichkeit, — ſo hat er hiemit wieder vollkommen Recht gegen die Wolffiſche Schule, ſofern dieſe mit dem Worte indirekt begrifflos ſpielte, bald eine wirkliche indirekte Abſicht, bald eine bloß indirekte Abſicht einer direkten Abſicht damit bezeichnend; um ſo weniger aber beweist dieſer Grund gegen den richtig verſtandenen dolus indirectus, bei dem ja gerade vorausgeſetzt iſt, daß die Folge nicht direkt in der Abſicht gelegen habe. — Gleichwohl ſind nun dieſe Feuerbachiſchen Gründe ſtationär geworden, und werden noch heute von ſolchen wiederholt, die gerade die Grundpfeiler des Feuerbachiſchen Syſtens, das Präventionsprincip, ſeinen Begriff von culpa, ſeine præsumtio doli etc. als unbrauchbar habe fallen laſſen. Ob ein ſolches Verfahren wiſſenſchaftlich heißen könne, darüber kann man ſich alles Urtheils enthalten. Dagegen iſt es nun andrerſeits, wie ſchon geſagt, als ein Fortſchritt zu betrachten, wenn theils die geſetzgeberiſche Praxis überall die Eigenthümlichkeit des impetus anerkennt und ihn — wenigſtens bei der Tödtung, und hie und da auch bei andern Verbrechen — als ſelbſtändigen Schuld-

grad behandelt, theils die Doktrin mehrfällig das Ungenügende der culpa dolo determinata anerkennt und dagegen auf die Hervorhebung der Frevelhaftigkeit als einer eigenthümlichen, zunächſt an den dolus grenzenden Schuldform gedrungen wird. — Nach Allem Bisherigen iſt die Frage, ob neue Strafgeſetzbücher ſich über den Begriff des dolus erklären ſollen, ohne Zweifel zu bejahen [1].

§. 112 a.

Die Schuld in einer Handlung überhaupt darf nie präſumirt werden, da es im Weſen der Handlung liegt, eine gemiſchte zu ſeyn, d. h. ebenſowohl das Princip des Unfreiwilligen als das des Freiwilligen in ſich zu tragen. Eben ſo wenig giebt es eine gegründete Präſumtion für irgend einen beſtimmten Schuldgrad; und nur ſo viel läßt ſich ſagen, daß manche beſtimmten Verbrechen überhaupt nur dolos begangen werden können.

Anm. — Es war keine Konſequenz, wenn Feuerbach die früher von ihm aufgeſtellte præsumtio doli ſpäter wieder zurücknahm. Denn dieſelbe war ein integrirender Theil ſeines Syſtems geweſen. Indeſſen dient gerade die Art und Weiſe der Zurücknahme zum Beweis für den wenigen Ernſt, womit Feuerbach dabei verfuhr. Denn es ſcheint zwar, als wolle er nur für die ſubjektive Zurechnungsfähigkeit eine Präſumtion aufſtellen, was ſich allerdings hören ließe, da man doch wohl als Regel anzunehmen hat, daß der Menſch nicht der erbärmliche Sklav dämoniſcher Gewalten ſei. Er ſagt nämlich, der Menſch ſei einerſeits mit Willkühr, andrerſeits mit Erkenntnißkräften begabt, um ſowohl das Verhältniß ſeiner Willensbeſtimmungen zum Geſetz, als den Zuſammenhang ſeiner Handlungen mit ihren Folgen zu erkennen;

---

1) Vgl. gegen Kitka N. Arch. 1835. S. 219. Birnbaum ebend. 1837. S. 276 ff. 473. ff. (§. 113). Vgl. Bauer Abh. I. S. 268. Mittermaier n. 3. zu Feuerbach §. 54.

deshalb ſei die Zurechnungsfähigkeit als Regel anzunehmen. Allein dieſem an ſich ſehr plauſiblen Ausſpruch ſubſtituirt er ſofort einen andern, der deutlich zeigt, daß er unter der Präſumtion der Zurechnungsfähigkeit vielmehr eine viel konkretere, d. h. die Präſumtion der Verſchuldung überhaupt verſteht. Bedenkt man nun, daß die größere Menge der Verbrechen überhaupt nur in der Form des dolus ſich denken läßt, ſo iſt klar, daß dieſe Präſumtion der Verſchuldung überhaupt von der früheren præsumtio doli ſich nur wenig unterſcheidet[1]. — Es wäre aber an der Zeit, ſich klar zu machen, daß alle Vorausſetzungen der Feuerbachiſchen Schuldlehre nothwendig zu einem Reſultate der Art führen. Denn, wie dies ſchon Klein-ſchrod ehrlich ausgeſprochen hat, der dolus, — als Vorſatz aufgefaßt, kann nicht indirekt ex re, ex indiciis, ſondern nur durch Geſtändniß bewieſen werden. Man könnte etwa vom Standpunkte des römiſchen Rechts aus hiegegen Einwendungen erheben wollen, ſofern man entgegenhielte, daß einerſeits das römiſche Recht eben die Feuerbachiſche Vorſtellung vom dolus theilt, andrerſeits aber gerade das römiſche Recht den Indicienbeweis für den dolus begünſtige. Allein hiegegen iſt zu bemerken: daß das römiſche Recht ſeinen Begriff vom dolus eben nicht aus einer theoretiſchen Abſtraktion, ſondern aus dem Leben geſchöpft hat. Der dolus des römiſchen Rechts iſt daher nicht als Gegenſatz zu dem Begriff der Abſicht, ſondern vielmehr als eine noch unreife Form dieſes letzteren aufzufaſſen, als eine Vorſtellung, in welcher jener konkrete Gedanke bereits, aber noch unentwickelt, nur im Keime lag. Deshalb hat denn die römiſche Jurisprudenz kein Arg dabei, den Beweis des dolus auch ex re führen zu laſſen, um ſo weniger, als die direkte Abſicht ja in

1) S. auch Mittermaier not. 1 zu Feuerbach §. 87.

der That ſtets mit der Form des Vorſatzes koincidirt und Alles, was zur indirekten Abſicht gehört, bei den Römern vom dolus ausgeſchloſſen und zur culpa gezogen war. Gerade, je einſeitiger die Auffaſſung des dolus als propositum und hiemit die völlige Unterordnung des Thatmoments unter das Willensmoment war, (das römiſche Recht nimmt die verbrecheriſche Handlung nicht als Totalität, ſondern nur als Willensäuſſerung, daher auch der Begriff der culpa erſt ſpät ſich Geltung verſchaffte und ſtets etwas Exceptionelles behielt [1]), um ſo mehr forderte das praktiſche Bedürfniß hiefür als Erſatz die Geltung des Thatmoments beim Beweiſe, d. h. die Möglichkeit, den dolus aus Indicien zu erſchließen [2]). Das Gegenſtück dazu iſt das germaniſche Recht, bei dem gerade umgekehrt die verbrecheriſche Handlung überwiegend nach ihrer objektiven Seite aufgefaßt und deshalb auch die praktiſche Forderung für den Beweis die umgekehrte war, daß derſelbe durch das Medium der Subjektivität (Geſtändniß, Eid, Wahrſpruch) gehen müſſe. — Gleichwohl iſt es aber wahr, daß in dem Begriffe des Vorſatzes, oder wie ja Feuerbach ſelbſt noch entſchiedener ſich ausdrückt, der Zweckſetzung gerade das Gegentheil, d. h. die Forderung liegt, daß derſelbe ſtets durch Geſtändniß erwieſen werden müſſe. Denn eben, wenn man ihn abſtrakt ſubjektiv nimmt, ſo muß man auch zugeben, daß das rein Subjektive bloß auf ſubjektivem Wege bewieſen werden könne. Und gerade nun dieſe unumgängliche Konſequenz des F'ſchen Syſtems rief die Nothwendigkeit der præsumtio doli hervor, von welcher er, wie geſagt, ſpäter nur ſcheinbar abgelaſſen

1) Meine Schrift über Mord und Todtſchlag. S. 159, 191, 223. Mittermaier not. zu Feuerbach §. 56.

2) Wening im N. Arch. II. S. 194 — 237.

hat. Man würde wohl daran thun, ſich dies deutlich zum Bewußtſein zu bringen, und mit der præsumtio doli auch ihre Vorausſetzung, nämlich die Feuerbachiſche Schuldlehre überhaupt zu verwerfen [1]).

Der vielbeſprochene Kompetenzſtreit zwiſchen Richter und Arzt behufs der Ermittlung der Zurechnungsfähigkeit [2]) wird wohl am richtigſten mit Berner a. a. O. S. 301 — 310 dahin entſchieden, daß betreffenden Falls der pſychologiſch gebildete Gerichtsarzt über den abnormen Seelenzuſtand, der Richter aber über die daraus folgende Zurechnungsfähigkeit oder Zurechnungsunfähigkeit als Sachverſtändiger zu urtheilen habe, und zwar ſo, daß beiderlei Funktionen in lebendiger Wechſelwirkung ſtehen müſſen, die des Richters aber als die übergreifende zu betrachten iſt. Im Weſentlichen entſcheidet ſo auch die Wirtemb. Strafproceßordnung Art. 295, während der Hannövr. Entw. Art. 198 dem Richter zuviel einräumt.

γ) Materielle Abſicht (Zweck).

§. 113.

Im Begriffe der Abſicht iſt Aeuſſeres und Inneres der Handlung wieder zur Einheit vermittelt. Die allgemeine Qualität der Handlung iſt das, was der Handelnde, wenn er überhaupt zurechnungsfähig iſt, nothwendig dabei wollen muß, wofür er daher auch einzuſtehen hat, und wovon er die nothwendigen Folgen tragen muß. So iſt nun die Abſicht formelle Abſicht, d. h. ſie iſt die vollendete Form der Handlung, worin Wille und Daſein Eins, und der Kreis der zum

1) Gegen dieſe Präſumtion vgl. Oerſted Grundregeln S. 279 ff. Borſt N. Arch. II. S. 434 ff. Bauer Abh. I. S. 277 — 283. Wächter I. S. 134, 135. Hufnagel I. S. 104, 105.

2) Kant Anthropologie §. 41. Mezger Abhandl. S. 75 ff. Mittermaier in Hitzig's Zeitſchrift II. S. 235 — 261. Viſias in Wagners Zeitſchrift 1834. I. S. 48—50. Bericht der Kommiſſion der Abg. Kammer zum Entw. der Wirt. Strafproceßordnung S. 460—464.

Begriff der Handlung nothwendigen Bedingungen geſchloſſen iſt. Wie die Vollendung, ſo iſt ſie ferner auch die Totalität der Form für alle Momente der Handlung von ſubjektiver Seite. Indem nun aber die Subjektivität in der vorliegenden Vermittlung beider Seiten der Handlung das Uebergreifende bildet, ſo zeigt ſie ſich als das beſtimmende Princip, das, in ſich reflektirt, den Begriff der, über die Totalität der Handlung ſelbſt übergreifenden materiellen Abſicht (des Zwecks) ergiebt. Der Uebergang ſelbſt iſt einfach dadurch beſtimmt, daß die vollendete Form mit dem Inhalt ſelbſt identiſch iſt. In der vollendeten Form der Handlung macht der Wille ſeine Beſonderheit, ſeinen eigenthümlichen Zweck als die Seele der Handlung geltend. Allein eben dieſer Zweck fällt in das Gebiet der Moral, und das Recht verhält ſich zu demſelben negativ (ſ. unten §. 152 — 155.)

Anm. — S. Hegel §. 121. Der Uebergang iſt der logiſche: daß die vollendete Form der Inhalt ſelbſt iſt, auf ſeine einfache Allgemeinheit zurückgebracht, ſowie der Inhalt, in ſeine Momente auseinandergelegt, die Form ausmacht. So beſteht der Kauf im Verſprechen einer Sache gegen einen Preis, der Annahme des Verſprechens und der Zuſage des Preiſes; die Tödtung in der Verletzung eines Theils am menſchlichen Organismus, deſſen Deſtruirung die Deſtruktion des ganzen Organismus nach ſich zieht. Zeigen konkrete Handlungen dieſe Formen auf, ſo haben wir den Begriff des Kaufs, der Tödtung vor uns. In der gedachten Form iſt dann der ganze Inhalt der Handlung abgeſchloſſen. Sie hat keinen Inhalt, der noch über dieſe Form hinausfiele. Was auch ſonſt ihr Inhalt ſeyn möge, Vergnügen, Neugierde, Feindſchaft, Mitleid ꝛc. ꝛc., dieſer Inhalt fällt innerhalb jener Form. Dieſe Form iſt der Inhalt der Handlung, auf ſeine einfache Allgemeinheit zurückgebracht. — Aller-

dings legt nun in jene Form der beſondre Wille ſeinen beſondern Inhalt, der ihm die Seele der Handlung ausmacht. Hiemit hat es aber das Recht nicht mehr zu thun, ſondern die Moral. Der menſchliche Wille geht das Recht nur an, ſoweit an ihm die Form der Allgemeinheit iſt; ſeine Beſonderheit hat er für ſich allein zu genießen, im Guten wie im Böſen. Gegen das Recht verhält er ſich damit lediglich negativ. (Michelet a. a. O. S. 102 — 104.)

2) Die Objektivität.

§. 114.

Die Objektivität der Handlung, in ſich reflektirt gegen ihre ſubjektive Seite, ergiebt a) das Fürſichſein des Thatmoments als äußerer Erſcheinung eines Verbrechens, welche als ſolche anerkannt zu werden verlangt, und ſich eben deshalb indifferent gegen das bloß Innerliche verhält. Dieſe Indifferenz kann nämlich hier keine totale mehr ſeyn, ſo als könnte das Thatmoment für ſich allein und ohne alle Vorausſetzung eines darin erſchienenen Willens Geltung verlangen. Vielmehr liegt ja eben darin, daß es ſich als verbrecheriſche Erſcheinung behauptet, die Vorausſetzung, daß es die Aeuſſerung eines verbrecheriſchen Willens ſei, und der Gegenſatz iſt daher nur der zwiſchen dem objektiv gewordenen und dem bloß ſubjektiv gebliebenen Willen. Allein auch dieſer Gegenſatz erweist ſich als abſtrakt, und ſchlägt b) in den Begriff des Verſuchs um. Indem nämlich die objektive Seite ſich nur als weſentlich beſtimmt durch den Willen ſetzen kann, ſo muß ſie ſofort auch den Willen als ein über ſie Uebergreifendes anerkennen und ſich auch dann noch als verbrecheriſches Daſein behandeln laſſen, wenn ſie für ſich keineswegs die adäquate Erſcheinung eines verbrecheriſchen Willens iſt. Indeſſen beſtimmt ſich dieſe Unvollſtändigkeit fernerhin noch näher dahin, daß ſie eine ſolche

nicht in Beziehung auf den Begriff des Verbrechens ſelbſt ſeyn darf, daß vielmehr in der unangemeſſenen Erſcheinung die allgemeine Natur der beſtimmten verbrecheriſchen Abſicht vollſtändig erkennbar ſeyn muß. Indem aber ſomit die objektive Seite der Handlung ſich ebenſo als in ſich weſentlich, wie als weſentlich durch die ſubjektive beſtimmt zeigt, ſo geht ſie c) im Begriff des vollendeten Verbrechens mit derſelben in die vermittelte Einheit zuſammen.

a) Die abſtrakte Weſentlichkeit der objektiven Seite.

§. 115.

Wie es das Recht des Subjekts iſt, aus der zweideutigen Unmittelbarkeit der im Princip ebenſo freiwilligen, wie unfreiwilligen Handlung ſich in ſich zu reflektiren und nur das als das Seinige anzuerkennen, was es zuvor als dieſes in ſich ſelbſt geſetzt hat, ebenſo iſt es andrerſeits das Recht der objektiven Seite der Handlung, gegenüber dem Belieben des Subjekts ſich ſelbſt als das Weſentliche zu behaupten. Dieſes Recht iſt im Bisherigen ſchon zur Anerkennung gekommen, indem ſich das Subjekt auch die nicht direkt beabſichtigten Erfolge ſeines Handelns gleichwohl zurechnen laſſen mußte. Darin lag, daß die Handlung nach ihrer objektiven Seite ſich für ſich als Totalität behauptete und hiemit ſich gegen deren ſubjektive Seite als ſolche indifferent verhielt. Hierin iſt nun auch etwas ſehr Wahres enthalten, dies nämlich, daß der Handlung das Objektivgewordenſein durchaus weſentlich, und daß daher alles bloß ſubjektiv Gebliebene von dem Begriffe der Handlung auszuſchließen iſt (cogitationis poenam nemo patitur).

§. 116.

Indeſſen iſt dieſe Forderung noch näher zu beſtimmen. Zunächſt liegt darin nicht mehr das ganz Abſtrakte, daß zur

Handlung überhaupt eine objektive Seite, ein äußeres Geſchehen gehöre. Vielmehr, ſofern das Thatmoment für ſich als die Totalität gelten will, ſetzt es gerade die Willensſeite voraus, es behauptet ſich als Willensäuſſerung, und ſeine Abſtraktion von der Subjektivität will nur ſoviel ſagen, daß alles, was als Handlung gelten wolle, nicht ſubjektiv geblieben ſeyn dürfe, ſondern in Objektivität übergegangen ſeyn müſſe. So richtig dies nun iſt, ſo liegt doch gleichwohl, ſobald der Standpunkt abſtrakt feſtgehalten wird, auch etwas Unwahres darin, nämlich dies: daß die objektive Seite für ſich das ganze Weſen der Handlung zur Erſcheinung bringe und deſſen genügender Ausdruck ſei.

Anm. — Die relative Wahrheit, die in der fraglichen Beſtimmung liegt, hat ſich auch in dem, ſonſt überwiegend die Subjektivität berückſichtigenden römiſchen Strafrechte geltend gemacht. Sie liegt eben in dem Satze: Cogitationis poenam etc. ausgeſprochen. Weiter aber, als bis zu dieſer abſtrakten Anerkennung der Weſentlichkeit der äuſſeren Erſcheinung iſt das öffentliche Strafrecht der Römer nicht gegangen. Es behandelt den Unterſchied zwiſchen Vollendung und Verſuch als indifferent, und begnügt ſich mit der Forderung, daß der verbrecheriſche Wille überhaupt in einer äuſſeren Erſcheinung manifeſtirt worden ſeyn müſſe [1]. (Daß in den ſpäteren Zeiten ausnahmsweiſe Fälle einer Berückſichtigung des Verſuchsbegriffs vorkommen, alterirt den Charakter des römiſchen Strafrechts im Ganzen nicht). —

---

1) Zachariä Lehre vom Verſuch. I. §. 98—102. Dagegen hat Z. wohl Unrecht, wenn er dem Kan. Rechte denſelben Standpunkt vindicirt. Die moraliſche Tendenz führte, wenigſtens im älteren Kan. Rechte ganz konſequent ſelbſt auf Beſtrafung der cogitatio. Berner S. 287—289.

Umgekehrt iſt nun die andere Seite jener Beſtimmung, wornach die Objektivität der Handlung ſich als deren Totalität behauptet, im altdeutſchen Rechte fixirt worden. Wie aber dieſes Begriffsmoment dialektiſch zu den Begriffen des Verſuchs und der Vollendung ſich weiter entwickelt, ſo iſt auch hiſtoriſch die Anerkennung dieſer Begriffe auf dem Boden des Deutſchen Rechts vor ſich gegangen. Man kann nun zwar allerdings denen Recht geben, welche den rein objektiven Standpunkt, für ſich genommen, roher finden, als den ſubjektiven. Gleichwohl muß andrerſeits anerkannt werden, daß jener, als Keim ſeiner weiteren Entwicklungen betrachtet, vielmehr ein reicherer und konkreterer iſt, als der römiſche. Denn der Grundgedanke des letzteren bringt es, wie geſagt, nicht weiter, als bis zu einer abſtrakten Anerkennung der Weſentlichkeit der objektiven Erſcheinung überhaupt, während umgekehrt die weitere dialektiſche Entwicklung des deutſchen Princips die Anerkennung der ſubjektiven Seite des Verbrechens als Vorausſetzung in ſich ſchließt. Eben deshalb ſehen wir ja auch, wie das deutſche Recht durch Vermittlung des Rechts der Kirche die römiſchen ſubjektiven Beſtimmungen in der Schuldlehre ohne Mühe in ſich aufnahm und verarbeitete. Auch rechtfertigt ſich eben durch das Angeführte die Polemik Wildas [1]) gegen diejenigen, welche den Standpunkt des altdeutſchen Rechts für den der abſoluten Rohheit, der abſtrakten Negation des ſubjektiven Moments in der Schuld ausgeben. Denn dies iſt ganz verkehrt. In der deutſchen Anſicht liegt vielmehr gerade dies als Vorausſetzung, daß in der objektiven Seite des Verbrechens eine Willensäuſſerung ausgeſprochen ſei. Der Mangel iſt nur der,

---

1) Strafrecht der Germanen. S. 146 ff.

daß dieſes ſubjektive Element noch nicht in ſeinen Unterſchieden (dolus, impetus, culpa etc.) erkannt, und deshalb nicht nur verſchiedene Schuldgrade unter einander gemiſcht, ſondern auch wohl gar Thaten aus bloßem Ohngefähr als ſtrafbare behandelt werden.

§. 117.

Indem nun die objektive Seite der Handlung ſich für ſich als die Totalität derſelben ſetzt, hiemit aber die Willensſeite ſich vorausſetzt, ſo liegt hierin das Anerkenntniß ihrer Beſtimmtheit durch die letztere. Denn eben in der Abſtraktion von der reinen Subjektivität liegt die Behauptung, daß dieſe ſich vollſtändig in die Objektivität übergeſetzt haben, dieſe alſo die adäquate Erſcheinung jener darſtellen müſſe. Hiemit aber giebt die Objektivität ſich ſelbſt als das durch die Subjektivität Beſtimmte aus; gerade mit der Abſtraktion von ihr bekennt ſie ſich als das ihr Untergeordnete. Dieſe Beſtimmung, für ſich entwickelt, ergiebt den Begriff des Verſuchs.

b) Der Verſuch.

§. 118.

Die objektive Seite der Handlung bekennt ſich als das durch die ſubjektive Seite Beſtimmte, d. h., ſie erkennt die letztere als das über ſie Uebergreifende an. Eben dieſes Uebergreifen aber ſtellt ſich im Verſuche dar. Während im Verſehen mehr geſchehen iſt, als gewollt wurde, ſo iſt nun umgekehrt im Verſuche mehr gewollt, als wirklich geſchah. Die zuvor negirte Beziehung des Thatmoments auf das Willensmoment tritt alſo wieder hervor. Aber die Einheit beider iſt, eben wie im Verſehen, eine nur relative und unvollkommene. Die objektive Seite zeigt ſich als unvollkommene Erſcheinung der Subjektivität, in der doppelten Weiſe, daß ſie nicht die Extenſität hat, welche im Willen lag, und daß ſie eben darum ihre wahre Bedeutung nur durch ihre Zurückbeziehung auf den letzteren erhält.

§. 119.

Hiernach ſind im Begriffe des Verſuchs folgende Momente zu unterſcheiden: a) das Willensmoment beſtimmt ſich als dolus; denn über die Thatſeite als das ſie Beſtimmende übergreifen kann nur der poſitivthätige, als Vorſatz und Abſicht erſcheinende Wille, während der negative, kulpoſe Wille umgekehrt durch das Thatmoment, als das über ihn Uebergreifende, beſtimmt iſt, daher Verſuch und Verſehen ſich gegenſeitig abſtoßen und eine Identität beider einen inneren Widerſpruch enthielte. Näher aber kann das Willensmoment im Verſuche wiederum nicht der dolus als Vorſatz, ſondern nur der dolus als Abſicht ſeyn, da im erſten Fall der Begriff des Verſuches von dem zufälligen Belieben des Einzelwillens abhienge, während er doch vermöge ſeiner Beziehung auf den Begriff der Handlung nothwendig zugleich eine objektive Maaßbeſtimmtheit haben muß. Beides aber, ſeine Beſtimmtheit durch den Willen, und ſeine Beſtimmtheit durch den Begriff der Handlung, iſt vereinigt, indem das Willensmoment im Verſuche als Abſicht beſtimmt wird, ſofern der Begriff der Abſicht eben die vermittelte Einheit des ſubjektiven Vorſatzes mit der objektiven Maaßbeſtimmtheit der Handlung darſtellt.

Anm. — Ueber die Nothwendigkeit dieſes erſten, beſonders von Zachariä[1] treffend entwickelten Requi-

1) Die Lehre vom Verſuche des Verbrechen. Vergl. Cropp de praec. j. Rom. circa pun. Conatum del. Meiſter Urth. und Gutachten S. 409. Mittermaier N. Arch. I. S. 163 ff. IV. S. 1 ff. X. S. 535 ff. Luden Abh. Bd. I. Kitka in Wagners Zeitſchr. 1832. I. S. 161. 218. Skari ebend. 1835. I. S. 384 ff. Jordan de nonnull. controv. ad doctr. de conatu del. spect. Lelièvre Comm. de Con. del. Rossi II. S. 303 ff. III. S. 1 ff. Carmignani II. S. 304 ff. Vergl. Romagnosi

ſits iſt faſt allgemein Uebereinſtimmung in der Doktrin. Die Legislation hat ohnedies nie daran gezweifelt, daß der Verſuch den dolus nothwendig in ſich ſchließe. Zachariä I. §. 23. 24. Insbeſondere hat man auch mit Recht vom Begriffe der culpa aus die Unmöglichkeit des kulpoſen Verſuchs zu zeigen verſucht. Nur freilich hat man dabei oft mehr aus dem poſitiven Rechte, als aus der Natur der Sache, die auch das poſitive Recht anerkennt, argumentirt und ſich daher mit Nebengründen begnügt, ſtatt auf den Hauptgrund einzugehen. Dieſer liegt in dem Begriff des Verſehens ſelbſt, welches darin beſteht, daß eine für das Wollen und Wiſſen des Handelnden zufällige Folge eintritt, die ihm aber als realmögliche, mittelbar gewollte imputirt wird, weil ſein Irrthum ein vermeidlicher war, weil er die Folge hätte vorher bedenken können und ſollen. Dieſer Begriff kann nun ja offenbar nur dann zur Exiſtenz kommen, wenn eine ſolche Folge wirklich eingetreten iſt; denn nur von der wirklich eingetretenen Folge kann die Frage entſtehen, ob ſie vorher hätte bedacht werden können und ſollen. Wollte man ſtrafbare culpa auch ohnedies annehmen, ſo dürfte man nur Jedermann Jahraus, Jahrein einſperren, denn die bloße Möglichkeit ſchlimmer Folgen liegt bei allem menſchlichen Handeln vor. Eben deshalb aber fällt es keiner Geſetzgebung ein, die culpa eher zu ſtrafen, als bis ſich jene abſtrakte Möglichkeit zu einer realen Möglichkeit verdichtet, d. h. bis der wirkliche rechtsverletzende Erfolg bewieſen hat, daß der Handelnde im konkreten Fall wirklich einen negativ böſen Willen

---

überſ. v. Luden. II. S. 1—67. **Niccolini** del tentativo. **Brower** de Conatu crim. **Wietgens** de Con. delingn. **Bauer** Abh. I. S. 305—308.

gezeigt habe. Ganz etwas Andres iſt es dann, wenn neben dem Gebiete der Strafjuſtiz die Polizeigewalt auch aus dem Gebiete der bloß möglicherweiſe verletzenden Handlungen diejenigen hervorhebt, welche die konſtanten Vermittlungen von Verbrechen bilden, und ſie eben um ihrer Gefährlichkeit willen zu Polizeivergehen ſtempelt. Solche Polizeivergehen ſind dann eben als vollendete Polizeiübertretungen, keineswegs aber etwa als Konate von kulpoſen Verbrechen zu betrachten und zu behandeln. Die gleichwohl von Hepp gemachten Verſuche, den Begriff eines kulpoſen Verſuchs zu retten, worüber Zachariä I. §. 25—28 das Nöthige bemerkt hat [1]), können hier um ſo mehr dahin geſtellt bleiben, als die meiſten Argumente nur negativer Art, d. h. gegen ungeſchickte Vertheidigungen der richtigen Anſicht gerichtet ſind, das einzige Argument aber, welches die Sache ſelbſt berührt, auf einem offenbaren Mißverſtändniß, nämlich auf einer Verwechslung der Begriffe des Verſuchs und des Anfangs, beruht. Uebrigens will ja Hepp ſelbſt endlich ſeinem Begriffe des kulpoſen Verſuchs ausdrücklich keine praktiſche Bedeutung beigelegt wiſſen, indem er die in der Sache ſehr richtige Bemerkung macht, daß die Geſetzgebung einen ſolchen Verſuch nie kriminell beſtrafen könne, daß vielmehr dergleichen kulpoſe, ohne Erfolg gebliebene Handlungen nur inſofern ſtrafbar ſeien, als ſie der Geſetzgeber durch ein beſtimmtes Polizeigeſetz als ſelbſtändige Vergehen mit Strafe

---

1) Mittermaier N. Arch. X. S. 542. Oerſted Neuer Beitrag, S. 120. Roßhirt Entwicklung, S. 330. 331. **Rossi** Traité, II. 22. Vergl. Wächter I. §. 84. n. 66. Henke I. S. 254. 355. Luden Abh. I. S. 266. Kitka a. a. O. S. 167. Marezoll S. 84.

bedroht habe [1]). — Unter den bei dieſer Gelegenheit von Zachariä gemachten Bemerkungen iſt inſonderheit auch die treffend, daß man bei kulpoſen Verbrechen ebenſowenig die Bezeichnung der Vollendung, als die des Verſuchs brauchen ſollte. Die kulpoſen Verbrechen gehören überhaupt nicht in dieſe beiden Kategorieen, in denen es ſich weſentlich darum handelt, wie ſich das abſtrakt geſetzte objektive Moment der Handlung durch das ſubjektive beſtimmen laſſen und mit ihm vermitteln muß. Dieſes ſubjektive Moment kann nämlich eben nur der dolus, nicht die ſelbſt wieder durch das Thatmoment überwiegend beſtimmte culpa ſeyn. Deshalb fällt die culpa nur unter die ſo eben unter a) aufgeführte Kategorie der abſtrakten Weſentlichkeit der äuſſern Erſcheinung. Dieſe unmittelbare, in ihrer Unmittelbarkeit für den dolus und ſeinen reicheren Inhalt noch unwahre Beſtimmung genügt für den Begriff der culpa. — Solche feineren Unterſchiede zu bemerken, hat ſich Berner [2]) durch ſeine bloß nach dem Geſetze des Gleichgewichts angeordnete Entwicklung der Schuldlehre ſelbſt verhindert. Denn ihm muß gerade die culpa ſtets vollendetes Verbrechen ſeyn, eben wie er den Konat ſich nur dolos denken kann. So richtig nun letzteres, und ſo treffend überhaupt die Ausführung iſt, daß culpa und Verſuch in entgegengeſetzten Polaritätsverhältniſſen ſtehen, ſo fehlt

---

1) Mit dieſer oberflächlichen Deduktion des Verſuchs kulpoſer Verbrechen iſt nicht zu verwechſeln die ſcharfſinnige Ausführung von Stübel N. Arch. VIII. S. 236 ff., der das kulpoſe Verbrechen überhaupt in den Begriff der doloſen gefährlichen Handlung, mithin in den des Polizeivergehens auflöſt, weil er den Begriff der culpa überhaupt undenkbar findet.

2) a. a. O. S. 174 ff.

doch bei **Berners** Entwicklung ebenſo auf der ſubjektiven, wie auf der objektiven Seite, je ein Moment, und gerade dasjenige Moment, wodurch die ganze Entwicklung organiſch wird. Nach ſeiner Ausführung ſtellt ſich das Gleichgewicht der Momente der Handlung, — ſubjektiv im Begriffe des dolus, objektiv in dem der vollendeten Handlung dar. Die Begriffe des Verſehens und des Verſuchs entſtehen bloß durch den Verluſt dieſes Gleichgewichts, indem das einemal das Willensmoment, das andremal das Thatmoment überwiegt. Indem ſofort dieſes Ueberwiegen in gänzliche Abſtraktion von der andern Seite übergeht, ſoll der Begriff der aufgehobenen Zurechnung entſtehen. Daß eine ſolche Zerlegung eines Begriffsganzen in ſeine Theile die Stelle einer Begriffsentwicklung in ſpekulativem Sinne nicht vertreten könne, iſt für ſich klar. Letztere fordert, daß die in den Gegenſatz dirimirten Momente je an ſich ſelbſt wieder das andre Glied des Gegenſatzes ſetzen, daß alſo gezeigt werde, wie das für ſich feſtgehaltene ſubjektive Element von ſelbſt wieder ſeine Vermittlung mit dem objektiven fordre, und umgekehrt. Die Stellung der Imputationslehre in einem Syſteme des Strafrechts aber fordert, daß dieſelbe nicht mit der Negation des Begriffs der Zurechnung, ſondern vielmehr mit der konkreten Fülle dieſes Begriffs ſchließe. Indeſſen, auch hievon abgeſehen, führt jene mechaniſche Entwicklung im Einzelnen zu großen Inkonvenienzen, ſo vor Allem zu der Unmöglichkeit, das Gebiet der culpa von dem des casus, und das Gebiet des conatus von dem der nuda cogitatio auf beſtimmte Weiſe abzugrenzen, da vielmehr dieſe Uebergänge als unendlicher Progreß vorgeſtellt werden. —

Auch das andre Moment, daß das den Verſuch beſtimmende doloſe Princip nicht als ſubjektive Abſicht,

d. h. als Vorſatz aufgefaßt werden dürfe, findet ſich bei Zachariä I. §. 8 richtig hervorgehoben, und es iſt nur dem Mangel an einer ausreichenden philoſophiſchen Grundlage ſeiner Darſtellung zuzuſchreiben, daß er eines ſo langen Umwegs (§. 9—15) bedarf, um zu der, ſchon in dem Begriffe des dolus liegenden, richtigen Beſtimmung zu kommen, daß der Begriff des Verſuchs nur mit Rückſicht auf den Begriff des Verbrechens wahrhaft beſtimmt werden könne. Vergl. Berner S. 236.

Zu den vielen Kontroverſen in dieſer Lehre gehört noch die, ob ſich ein Verſuch nur mit determinirtem oder auch mit indeterminirtem dolus denken laſſe? Hier wird nun durch die Unbeſtimmtheit des Begriffs der unbeſtimmten Abſicht große Verwirrung hervorgebracht, indem verſchiedene Fälle, wie der des dolus alternativus, der des dolus eventualis und der des impetus durcheinander geworfen werden. Unterſcheidet man aber die Fälle, wie es ſich gebührt, ſo wird jene Unſicherheit von ſelbſt verſchwinden. Man wird dann vor Allem die indirekte Abſicht und ſolche Fälle, welche man gewöhnlich unter den dolus eventualis ſtellt, d. h. Fälle der Konkurrenz einer beſtimmten und einer unbeſtimmten (eventuellen) Abſicht, nicht mit dem Fall eines alternativen dolus verwechſeln. Letzterer findet in dem Falle ſtatt, wenn der Handelnde einſieht, daß von mehreren Erfolgen irgend einer eintreten muß, und nur dies dem Zufalle überläßt, welcher der verſchiedenen Erfolge wirklich eintreten ſoll. Im Fall des wirklichen Eintritts nun koincidirt (ſ. o.) der alternative dolus mit dem determinirten, und es liegt ein einfaches vollendetes doloſes Verbrechen vor. Tritt dagegen keiner der verſchiedenen Erfolge ein, ſo muß der ſchwerſte der Erfolge als attentirt angenommen werden, weil auf dieſen jedenfalls die

Abſicht des Handelnden auch gerichtet war, und in dieſem Attentat das Attentat etwaiger minder ſchweren Erfolge mitgeſtraft wird. Vergl. Zachariä I. §. 29.[1]). Der reine eventuelle dolus (Berner führt als Beiſpiel an, daß A in der Nähe einer Scheune ſeine Pfeife anzündet und den Reſt des brennenden Schwamms in einen neben der Scheune befindlichen Heuhaufen wirft, indem er wohl einſieht, daß hiedurch die Scheune in Brand aufgehen kann, und zu dieſem Erfolg eventuell ſeine Zuſtimmung giebt) wird wohl im Leben höchſt ſelten vorkommen, da mit einem ſolchen Vorausſehen möglicher Folgen, wo nicht der Handelnde daneben einen andern beſtimmten verbrecheriſchen dolus hat, in der Regel nicht die direkte Billigung dieſer Folgen verbunden ſeyn, vielmehr der Fall der Frevelhaftigkeit eintreten wird, in welcher das allerdings mit vorhandene doloſe Element durch das kulpoſe überwogen und eben hiemit der Begriff des Verſuchs ausgeſchloſſen wird. Vielmehr wird der dolus eventualis wohl in der Regel nur neben einem determinirten dolus vorkommen, wie denn auch meiſt Lehrbücher und Geſetzbücher eben nur dieſen Konkurrenzfall unter der Bezeichnung des dolus eventualis hervorheben. Daß nun hier der Begriff des Verſuches ſeine Anwendung finde, ſollte in der That nicht bezweifelt werden.

Es ſind hinſichtlich einer ſolchen Konkurrenz folgende Fälle zu unterſcheiden: I. Beide Erfolge, der beſtimmt gewollte, und der nur eventuell gewollte ſind neben einander eingetreten. Hier liegen zwei konſummirte Verbrechen vor, und zwar wird hier, wie überall, der nur

1) AM. Hepp im N. Arch. 1836. S. 63. 64. und wieder andrer Bauer Abh. I. S. 329.

eventuelle dolus in der Strafbarkeit niedriger gehalten werden müſſen, als der beſtimmte. Als Beiſpiel kann das von Berner angeführte dienen, daß Jemand ſein eigenes Haus anzündet, zunächſt in der Abſicht, nur dieſes abzubrennen, dabei aber die Möglichkeit einſieht, daß dadurch auch des Nachbars Haus in Flammen aufgehen könne, und hiezu eventuell ſeine Zuſtimmung giebt. II. Es iſt keiner von beiden Erfolgen eingetreten. Hier iſt der Fall ein andrer, als bei dem alternativen dolus. Bei dieſem will der Handelnde von mehreren Erfolgen nur Einen, deſſen Wahl er jedoch dem Zufall überläßt. Es kann ihm daher auch nur Ein Verbrechen als verſucht aufgerechnet werden, aber dies muß eben das ſchwerſte unter den alternativ gewollten ſeyn. Dagegen in unſrem Fall will der Handelnde jedenfalls Einen Erfolg beſtimmt, aber neben dieſem noch einen anderen eventuell. Hier liegt daher, wenn gar kein Erfolg eintrat, ein doppelter Verſuch in Form der idealen Konkurrenz vor. III. Es iſt nur der eine oder der andere Erfolg eingetreten. Hier iſt nun zu bemerken, daß man in der Regel dieſen Fall mit dem des alternativen dolus verwechſelt. Man ſpricht nämlich von eventuellem dolus auch dann, wenn der eine der beiden Erfolge den andern ausſchließt, z. B. wenn Jemand einen andern zunächſt verwunden, eventuell aber tödten will. Für dieſen Fall iſt eine Bemerkung am Platze, die Luden bei einer andern Gelegenheit macht: „es iſt nicht denkbar, daß Jemand ſich vorgeſtellt habe, er werde mit Beſtimmtheit einen Andern nicht ſo ſtark verwunden, daß er ſterben werde, und daß er zugleich die Vorſtellung gehabt habe, er werde ihn möglicherweiſe tödten. ... In ſolchen Fällen wird bei vorgefallener Tödtung der Thäter immer ſagen, einen geringeren Erfolg beabſichtigt zu haben.

Dieſes Vorgeben iſt aber immer unwahr, weil er ſich die Tödtung als möglich vorſtellte, und ſich folglich nicht vorſtellen konnte, daß er mit Beſtimmtheit nicht tödten werde." Dieſe Bemerkung macht Luden in Beziehung auf die culpa dolo determinata, die aber vermöge ſeiner Vorſtellung vom Weſen der culpa faſt ganz mit dem übereintrifft, was Andre in der ebenangegebenen Weiſe unter den dolus eventualis ſtellen. An ſich iſt denn auch die Bemerkung richtig, wenn ſie ſagen ſoll, daß in derlei Fällen jedesmal nur Ein Verbrechen anzunehmen ſei. In der That iſt hier keine Konkurrenz von beſtimmtem und eventuellem dolus, ſondern nur ein alternativer dolus vorhanden. Iſt daher ein Erfolg eingetreten, es ſei der leichtere oder der ſchwerere, ſo iſt dieſer als mit dolus determinatus hervorgebracht zu betrachten, auf den andern aber keine Rückſicht zu nehmen, da der Thäter nur den einen mit Ausſchluß des andern wollen konnte. — Es kann deshalb hier nur von dem Falle die Rede ſeyn, wenn überhaupt die beiden Erfolge neben einander eintreten konnten, z. B. es wird ein fremdes Haus demolirt und die Tödtung Vorübergehender durch herabfallende Steine eventuell gebilligt; oder es wird ein Haus angezündet und in die Tödtung darin befindlicher Bewohner durch das Feuer eventuell gewilligt. Immer liegt dann hier neben einem vollendeten doloſen Verbrechen ein Verſuch vor, vorausgeſetzt nur, daß die den nicht eingetroffenen Erfolg bedingende Handlung wirklich in das Stadium des ſtrafbaren Verſuchs vorgerückt war [1]. Und zwar findet dies ſtatt, es mag nun der zunächſt gewollte, oder es mag nur der eventuell

---

1) Vergl. Zächariä a. a. O. I. §. 141. 142. Wächter N. Arch. 1835. Bd. II. S. 478. 479.

beabſichtigte Erfolg eingetreten ſeyn (z. B. ein Wilderer ſchießt in der Dunkelheit auf einen Gegenſtand, in welchem er zunächſt ein Wild zu treffen meint; er denkt ſich aber zugleich die Möglichkeit, daß es ein lauernder Förſter ſei, und willigt eventuell in deſſen Tödtung, die denn auch wirklich erfolgt). — Die angeführten nöthigen Unterſcheidungen fehlen auch bei Zachariä [1]) a. a. O. Wenn daher auch für den Fall, wo kein Erfolg eintrat, ſeine Entſcheidung richtig iſt, ſo begeht er doch die oben bemerklich gemachte Verwechslung zwiſchen alternativem und eventuellem dolus. Später kommt er beim qualificirten Verſuche auf die Sache zurück, und ſpricht ſich in §§. 141. 142. wieder ganz richtig aus, während im §. 143 a. E. bei Gelegenheit des alternativen und eventuellen dolus die vorige Verwechslung noch entſchiedener wiederholt wird. — Noch mehr verwirrt ſich Mittermaier N. Arch. IV. S. 18 ff. X. S. 542 ff. die Frage, indem er auch noch den Fall des impetus hereinzieht [2]). Mit Recht thut er es inſofern, als ja die Erfindung des unbeſtimmten dolus in der Weiſe, wie ihn Feuerbach aufgeſtellt hat, gerade zu dem Zwecke gemacht worden iſt, dem impetus Unterkunft zu verſchaffen, — wie denn auch Zachariä wieder (§. 30) ſagt, die meiſten Fälle des unbeſtimmten dolus ſeien diejenigen, wo die Handlung im Zuſtande des Affekts, in der Hitze der Leidenſchaft oder während einer aus der Erſchütterung des Nervenſyſtems hervorgegangenen höchſt reizbaren Stimmung beſchloſſen und ausgeführt worden ſei. Eben von ſolchen Handlungen nun behauptet Mitter-

---

1) Vergl. auch Bauer Abh. I. S. 329. 330.

2) Vergl. Jarke III. S. 247. Pratobevera Materialien, VI. S. 358. Rossi Traité, II. 31.

maier insbeſondere, daß ſich bei ihnen kein Verſuch denken laſſe, und dehnt dies dann auf Handlungen im unbeſtimmten Vorſatz überhaupt aus. So wenig nun dies an ſich treffend gefunden werden kann, ſo iſt es doch wieder als richtiges Gefühl anzuerkennen, wenn Mittermaier behauptet, daß der Todtſchlag nicht mit beſtimmtem Vorſatze gedacht werden könne. Andrerſeits iſt es freilich wieder einſeitig und unwahr, wenn er behauptet, daß beim Todtſchlag der animus occidendi gar nicht vorhanden ſei. Er muß aber in dieſe Einſeitigkeit verfallen, weil er den hier allein vermittelnden Begriff der indirekten Abſicht preisgegeben hat. Was nun aber die Anſicht betrifft, daß bei Handlungen im Affekte, alſo für die Form des impetus kein Verſuch ſich denken laſſe, ſo entgegnet Zachariä mit Recht, daß es ihr an aller näheren Begründung fehle. Nur freilich kann auch dies Raiſonnement von Z. in mehrfacher Hinſicht nicht für richtig gelten, ſo, wenn er ſagt, daß dem Todtſchlag in der Regel ein direkter und beſtimmter dolus zu Grund liege; oder wenn er S. 48 andeutet, es müſſe im Fall verſuchten Todtſchlags neben einer vollendeten Körperverletzung noch ein Tödtungsverſuch angenommen werden, während er S. 268 ganz richtig das Gegentheil ausſpricht und S. 276 ausdrücklich ſagt, bei unbeſtimmtem (alternativem oder eventuellem) dolus könne nie ein doppeltes Verbrechen angenommen werden, indem, Beides zugleich gewollt zu haben, gegen den Begriff des Alternativen ſei. — Nach dem bisher Ausgeführten iſt es unrichtig, auf den dolus indirectus die Kategorieen des alternativen oder des eventuellen dolus anzuwenden, weil beim Impetus ebenſowenig von einem determinirten, als von einem indeterminirten Vorſatze die Rede ſeyn kann, vielmehr ſeine Eigenthümlichkeit gerade in dem Mangel

des Vorſatzes, d. h. der für das Bewußtſein entwickelten Abſicht beſteht. Dieſe Seite hat eben Mittermaier ganz richtig aufgefaßt. Allein, indem dem Affekt der Vorſatz abgeſprochen wird, darf ihm nicht zugleich die Abſicht abgeſprochen werden. Das Kulpoſe dabei beſteht eben nur darin, daß ſich der Thäter vom Affekt zum Handeln hinreißen läßt, ohne ſich die in ſeinem Handeln ausbrechende Abſicht für ſein Bewußtſein entwickelt zu haben. Wie bei der Frevelhaftigkeit das kulpoſe Element über das doloſe vorherrſcht und deshalb den Verſuch ausſchließt, ſo dominirt umgekehrt beim impetus das doloſe Element und läßt ebendeshalb den Begriff des Verſuchs zu. Die Beweisfrage kann in ſolchen Fällen allerdings ihre Schwierigkeiten haben, da ſich Fälle denken laſſen, wo aus den Umſtänden nicht mit Sicherheit hervorgeht, ob die Handlung, wenn ſie nicht vereitelt worden wäre, den ſchlimmſten Erfolg zur nothwendigen Folge hätte haben müſſen. Allein dieſe Schwierigkeit tritt überall ein, wo der Beweis des dolus aus den Umſtänden geführt werden muß, und die Eigenthümkichkeit beim impetus beſteht nur darin, daß dieſer Beweis hier gar nie anders geführt werden kann. Indem wir übrigens ſagen, es komme hier auf den Beweis an, daß den Umſtänden nach ein ſchwererer oder leichterer Erfolg als durch die Art der Handlung bedingt hätte eintreten müſſen, ſo ſagen wir damit keineswegs, daß in dieſem Beweiſe der Beweis eines determinirten dolus läge. Auf dieſe Weiſe glaubt Luden Abh. I. S. 515. n. 1. die Sache entſcheiden zu können, allein im Widerſpruch gegen die Natur des Affekts, der eben das deutliche Bewußtſein über den Kauſalzuſammenhang ausſchließt. Deshalb muß denn auch Luden für alle Fälle, wo ſich dem impetu Handelnden ein ſolches vermeintliches Bewußt-

ſein von Kauſalnexus nicht nachweiſen laſſe (d. h. in Wahrheit für alle Fälle des impetus überhaupt), den Begriff des Verſuchs ausſchließen. In ſeinem Handbuch hilft er ſich nun freilich durch den Machtſpruch, daß der dolus überall nur als determinirter dolus, und zwar als propositum vorkommen, und daß er allezeit aus den Umſtänden erſchloſſen werden könne. Allein mit ſolcherlei Machtſprüchen läßt ſich in der Praxis nichts ausrichten [1]). Läßt man den Verſuch nur beim determinirten Vorſatze zu, ſo muß man ihn im Fall des impetus ausſchließen. Allein von beidem iſt das Gegentheil wahr. Wo Abſicht das Princip der Handlung iſt, da iſt auch Verſuch möglich. Beim impetus iſt nun freilich die Abſicht im Bewußtſein des Handelnden nicht entwickelt, und kann daher bloß aus der Objektivität der Handlung abſtrahirt werden. Hat nun die Handlung etwa nur einen leichteren rechtsverletzenden Erfolg hervorgebracht, ſo iſt zu unterſuchen, ob ſie ihrer inneren Qualität nach mit einem ſchwereren ſchwanger gieng oder nicht. Im erſteren Falle hat man aber unbedenklich Verſuch des ſchwereren Verbrechens anzunehmen. —

Wenn nun übrigens oben geſagt iſt, daß der Begriff des Verſuches ſich nach der formellen Abſicht, d. h. nach dem Begriffe des beſtimmten Verbrechens richte, ſo entſteht noch weiter die Frage, ob alle Verbrechen der Art ſeien, daß ſich ein Verſuch derſelben denken laſſe, oder ob es nicht auch ſolche gebe, „welche keinen Verſuch zulaſſen, weil jede äuſſere Handlung, ſie ſei beſchaffen

---

1) Bei dieſer Gelegenheit ſei noch bemerkt, daß Luden Hdb. S. 256. 257. n. 6. gegen meine Behauptung, die Römer haben den impetus unter die Kategorie der culpa geſtellt, polemiſirt, dabei aber vergißt, was er in ſeinen Abh. I. S. 263. n. 3. ſelbſt ſagt.

wie ſie wolle, es ſei viel oder wenig geſchehen, entweder ſchon vollſtändig dem geſetzlichen Begriffe entſpreche, oder rechtlich gleichgiltig ſei, weil ſie auf das Daſein des dolus nicht ſchließen laſſe?“ Zachariä I. §. 32. Man hat in letzterer Beziehung theils die Unterlaſſungsverbrechen, theils eine Reihe von Begehungs-Verbrechen namhaft gemacht. Ausſerdem iſt noch viel darüber geſtritten worden, ob und wie weit die verſchiedenen Arten der Betheiligung eines Subjekts an einem Verbrechen (Urheberſchaft, Beihilfe ꝛc.) einen Verſuch zulaſſen? Letztere Frage muß nun für uns in ſolange dahingeſtellt bleiben, bis der Verlauf der ſyſtematiſchen Entwicklung überhaupt zur Unterſuchung jener Betheiligungsweiſen führt. Was dagegen die Unterlaſſungs- und die angeführten Begehungsverbrechen betrifft, ſo wird die Beantwortung der aufgeworfenen Frage richtiger mit der Entwicklung des Begriffs der Vollendung, als der des Verſuchs verbunden werden, und es genügt hier, vorerſt auf die im Weſentlichen richtige Ausführung von Zachariä I. §. 33. 42—47 zu verweiſen.

§. 120.

b.) Zu dem ſo beſtimmten Willensmomente verhält ſich das Thatmoment als unangemeſſene Erſcheinung. Und zwar kann dieſe Unangemeſſenheit einen doppelten Grund haben, nämlich entweder darin, daß die Abſicht in dem ſucceſſiven Uebertreten ihrer Momente in die Auſſenwelt gehemmt wird, oder darin, daß unter den vom Handelnden vorausgeſetzten objektiven Umſtänden ſolche ſind, welche die in's objektive Daſein übertretende Abſicht ſich nicht in ihrem vollen Weſen verwirklichen laſſen.

Anm. — 1) Es iſt eine, erſt im Folgenden näher zu begründende, ganz richtige Einſicht der neueren Doktrin, daß der Begriff des vollendeten Verbrechens

mit dem Begriffe ſeines vollkommenen Thatbeſtands nicht unmittelbar identificirt, mit andern Worten, daß der Fall des Verſuchs mit dem Fall eines Mangels am Thatbeſtande nicht verwechſelt werden dürfe, obgleich von jedem Verſuche geſagt werden kann, daß er einen Mangel am Thatbeſtand des vollendeten Verbrechens darſtelle. Die Frage kam hauptſächlich bei Gelegenheit des von Feuerbach[1]) aufgeſtellten Milderungsgrunds wegen Mangels am geſetzlichen Thatbeſtande zur Sprache. ſ. vorläufig Zachariä I. §. 16—19. Die Rechtfertigung der fraglichen Anſicht liegt übrigens ſchon in der bisherigen Ausführung, ſofern als beſtimmendes Princip des Verſuchs die dem Begriffe des Verbrechens adäquate Abſicht entwickelt, hiemit aber eben geſagt worden iſt, daß zum Begriff des Verſuchs jedenfalls die auf Hervorbringung des geſammten Thatbeſtandes gerichtete Abſicht gehöre, derſelbe daher ausgeſchloſſen ſei überall, wo der Handelnde ein weſentliches Moment dieſes Thatbeſtands nicht in ſeine Abſicht aufgenommen und daher auch nicht realiſirt hatte. Inſofern ſagt dann Mittermaier[2]) mit Recht: bloßer Mangel am Thatbeſtande, im Unterſchiede vom Verſuch, ſei vorhanden, wenn der Mangel nicht das Fortſchreiten oder die Beendigung der verbrecheriſchen Thätigkeit oder den Eintritt der zum Begriffe des Verbrechens erforderlichen Wirkung, ſondern eine andre Eigenſchaft des Verbrechens betreffe. Gleichwohl erſchöpft dieſe negative Beſtimmung die Sache nicht, wie auch Zachariä, der ſie adoptirt, ſogleich faktiſch

---

1) Lehrbuch §. 97, vergl. Mittermaier N. Arch. III. Nr. 16. u. Not. 1. zu Feuerbach a. a. O. Bauer Lehrb. §. 187. Birnbaum. N. Arch. XIII. S. 569. u. 74.

2) N. Archiv. I. S. 166.

einräumte. Denn, obgleich er in den §§. 18 und 19 ſeine Definition des Verſuches darauf begründet, ſo erkennt er doch im §. 17 ausdrücklich an, daß das Moment der Hemmung des ſucceſſiven Fortſchritts den Begriff des Verſuchs nicht erſchöpfe, dieſer vielmehr auch auſſerdem noch die Fälle in ſich begreife, wenn a) der Gegenſtand oder das Mittel der Handlung untauglich geweſen ſei, oder b) Zweifel darüber obwalte, ob die Wirkung überhaupt oder als Folge der verbrecheriſchen Handlung eingetreten ſei. — Hievon abgeſehen, genügt aber für die Einſicht in das Weſen des gewöhnlichen Verſuchs (d. h. des Verſuchs mit tauglichen Mitteln und am tauglichen Objekte) jene auf den ſucceſſiven Verlauf der Handlung gegründete Beſtimmung allerdings. Man kann in dieſer Beſchränkung den Verſuch ganz wohl mit Zachariä definiren als: eine abſichtliche auf Begehung eines Verbrechens gerichtete äuſſere Handlung oder Unterlaſſung, mit welcher oder durch welche noch nicht Alles geſchehen oder bewirkt worden iſt, was zur Beendigung des Verbrechens vermöge ſeines geſetzlichen Begriffs gehört [1]). Denn ohne Zweifel liegt dann ein Verſuch vor, wenn die im Handelnden vollſtändig vorhandene, d. h. alle weſentlichen Momente des Verbrechensbegriffs umfaſſende Abſicht in dem ſucceſſiven Uebertreten ihrer Momente in das objektive Daſein unterbrochen worden iſt, ſei es nun, daß noch nicht einmal die vollſtändige Handlung vorliegt, oder daß nur eine letzte Wirkung ausgeblieben iſt, mit deren Exiſtenz erſt der Begriff des Verbrechens erſchöpft wäre.

---

1) Vergl. Feuerbach Lehrb. §. 42. Lelièvre de conatu. §. 1. Heffter §. 74. Oeſtr. Gb. §. 7. Preuß. L. R. §. 39—44. Bair. Gb. Art. 60—62.

Anm. — 2) Hinſichtlich der viel beſprochenen Frage [1]) ob ein Verſuch auch dann vorhanden ſei, wenn nicht die Handlung in ihrem zeitlichen Verlauf unterbrochen worden, ſondern die beabſichtigte Wirkung wegen Untauglichkeit des Objekts oder des Mittels ausgeblieben iſt, wurde ſchon oben §. 109 an das Princip des Irrthums erinnert, das hier einfach zur Anwendung kommen muß. Auf dieſes Princip hinzuweiſen iſt um ſo nöthiger, je mehr die Frage durch Hervorhebung verſchiedener Nebenrückſichten und durch verſchiedene, denſelben Ausdrücken beigelegte Bedeutung in Verwirrung gebracht worden iſt. Bald wird nämlich hier aus den Forderungen verſchiedener Strafrechtstheorieen herausargumentirt und wunderlich genug aus diametral entgegengeſetzten Principien daſſelbe Reſultat abgeleitet; bald werden die Fälle des untauglichen Mittels und des untauglichen Objekts verſchieden behandelt, und zwar wieder ſo, daß je von dem einen der Eine behauptet, was der Andre läugnet, und umgekehrt, bald werden dieſelben Benennungen auf die verſchiedenſten Fälle angewandt, bald zwiſchen Rechts- und Geſetzverbrechen unterſchieden u. ſ. f. — Das Princip [2]) von dem wir ausgehen, iſt das allgemein zugegebene, daß der Irrthum in äuſſeren Umſtänden dem Handelnden nicht zugerechnet wird. Dieſes Princip braucht nur auf die vorliegende Frage angewendet zu werden.

1) Mittermaier n. 7. 8. zu Feuerbach §. 42. Bauer Abh. I. S. 371—390. Chop N. Arch. 1842. S. 519 ff.

2) Angedeutet iſt dies auch von Tittmann Motive zum Entw. zu einem Strafgb. für Sachſen. S. 27, nur daß er irrthümlich, anſtatt vom Irrthum, vom Zufall ſpricht. Dagegen iſt das Princip deutlich ausgeſprochen bei Zirkler N. Arch. 1839. S. 437—439, nur daß der Verf. ſogleich wieder Conceſſionen macht, die mit der Konſequenz nicht beſtehen können.

Es handelt ſich hier um eine verbrecheriſche Abſicht, die in's äuſſere Daſein übergeht, die aber ihr Weſen nicht entwickeln kann, weil der Handelnde in faktiſchem Irrthum entweder im Gegenſtande oder in den Mitteln ſich vergreift. Durch dieſe Beſtimmung iſt bereits derjenige Fall ausgeſchloſſen, den man Putativ- oder Wahnverbrechen nennen kann, d. h. nicht der von Heffter §. 36, noch der von Luden Abh. I. S. 476. n. 1. ſo genannte, ſondern nur der von Luden Abh. II. S. 196. n. 1. angeführte[1]), wenn Jemand eine verbrecheriſche Abſicht zu haben und auszuführen glaubt, während ſeine Abſicht in der That dies nicht iſt. Hier nämlich iſt ein Rechtsirrthum vorhanden, kein faktiſcher, es kann alſo dieſer Fall gar nicht unter unſer Princip fallen. Gewiſſermaßen könnte das hier Geſagte auch in dem Ausdrucke von Heffter gefunden werden, wiewohl zu vermuthen iſt, daß der Verf. ihn in anderm Sinne verſtehe. Er ſpricht nämlich von „einer verbrecheriſchen Abſicht, die durch Irrthum (Selbſttäuſchung) an einem Objekte auszuführen geſucht werde, an welchem das beabſichtigte Verbrechen überhaupt unmöglich ſei." Würde man dies ſo verſtehen: Wahnverbrechen ſei vorhanden, wenn Jemand ſich irrthümlich, in Selbſttäuſchung als Objekt einer verbrecheriſchen Abſicht etwas in den Kopf ſetze, was in Wahrheit dies nicht ſei, — ſo wäre dies ganz das Richtige. Allein Heffter ſcheint nicht an das Objekt des Verbrechens ſelbſt, ſondern nur an den unmittelbaren Gegenſtand der Aeuſſerung des Verbrechens zu denken, — eine Verwechslung, die freilich faſt allge

1) Auch Bauer Abh. I. S. 376—379 hat den Streitpunkt keineswegs richtig beſtimmt. ſ. aber die richtige Anſicht bei Oerſted Grundregeln S. 169.

mein vorkommt[1]), aber zu den fatalſten Konſequenzen führt. Man muß doch offenbar wohl unterſcheiden, ob Jemand aus Selbſttäuſchung ein Recht zu verletzen glaubt, während ſeine Abſicht in Wahrheit auf eine Handlung gerichtet iſt, die ihrer Natur nach nicht rechtsverletzend iſt, — oder ob er eine ihrer inneren Natur nach rechtsverletzende Abſicht hat und dieſe nur aus Irrthum an einem Gegenſtand auszuführen ſucht, an welchem ſie nicht realiſirt werden kann. Im erſten Falle iſt kein Verbrechen vorhanden. Im letzteren dagegen allerdings. Würde alſo z. B. Jemand glauben, es ſei Ehebruch, wenn man mit der Braut eines Andern konkumbire, oder es ſei Diebſtahl, wenn man einem Andern eine ihm geliehene Sache, die dieſer lange nicht zurückgegeben, heimlich hinwegnehme, ſo würde hier weder von Ehebruch, noch von Diebſtahl geſprochen werden können. Allein etwas ganz Andres iſt es, wenn einer in der ganz richtig gedachten Abſicht, die Ehe zu brechen oder zu ſtehlen, ſich nur in dem unmittelbaren Gegenſtande der Handlung vergreift, z. B. in der Dunkelheit ſeine eigene Frau umarmt, ſeine eigene Sache heimlich hinwegnimmt. Hier iſt er bloß in einem faktiſchen Irrthum, der die Natur ſeines dolus keineswegs alteriren kann. Ganz daſſelbe iſt aber der Fall, wenn Jemand, um eine wirklich verbrecheriſche Abſicht auszuführen, ein Mittel ergreift, mit welchem ſie nicht realiſirt werden konnte[2]). Daß

---

1) ſ. beſonders auch Kitka in Wagners Zeitſchr. 1832. I. S. 162—164.

2) Mittermaier N. Arch. I. S. 170—172 ſtellt freilich die petitio principii voran, daß zur Tödtung ein lebendiger Menſch und ein tödtliches Mittel gehöre. Als ob nicht dadurch von vorn herein aller Verſuch ausgeſchloſſen würde! denn nimmt man den Begriff des Verbrechens ſo materiell, ſo gehört zur Tödtung doch

in ſolchen Fällen der Begriff des Verſuchs an und für ſich nicht ausgeſchloſſen ſei, geben auch in der That beſonnene Gegner, z. B. Zachariä I. §. 130 zu. Es muß daher wohl irgend ein andrer Grund vorhanden ſein, aus welchem weiterhin abgeleitet wird, daß derlei Verſuchshandlungen gleichwohl nicht als verbrecheriſch behandelt werden dürfen. Und in der That, iſt auch Feuerbach (Lehrb. §. 42.) einen ſolchen Grund nicht ſchuldig geblieben. Er ſagt: Der Verſuch könne nur dann geſtraft werden, wenn die Handlung ſelbſt nach ihrer äuſſeren Beſchaffenheit mit dem beabſichtigten Verbrechen in urſachlichem Zuſammenhang ſtehe, objektiv gefährlich ſei. Denn bürgerliche Strafbarkeit ſei ohne eine dem äuſſeren Rechte widerſprechende Handlung unmöglich, eine Handlung aber ſei nur dann äuſſerlich rechtswidrig, wenn ſie das Recht verletze oder gefährde. Wer das Gegentheil behaupte, verwechsle das Moraliſche mit dem Rechtlichen, und die Gründe der Sicherungspolizei mit dem Rechte zur Strafe. — Denſelben Hauptgrund, daß die rechtswidrige Abſicht allein einer Handlung noch nicht die Qualität der Rechtswidrigkeit gebe, ſtellt auch Mittermaier[1]), der übrigens zeitweiſe ſeine Anſicht gewechſelt hat, voran, und fügt noch bei: durch die gegentheilige Anſicht werde der Verſuch von jedem Thatbeſtand entkleidet, ſie verſtoße daher gegen alle rechtlichen Grundſätze vom Thatbeſtand und Beweiſe der Verbrechen. Auf

---

wohl auch, daß der lebendige Menſch wirklich todt gemacht wird. An demſelben Mangel leidet auch die im Uebrigen manches Richtige enthaltende Abhandlung im N. Arch. III. S. 394 ff. Gegen Mittermaier ſ. Oerſted Grundregeln, S. 170—180

1) N. Arch. I. S. 183—199. IV. S. 1 ff. S. 104. X. S. 551. ff. Anm. 7. 8. zu Feuerbach. Kitka a. a. O. S. 174 ff. (VI. S. 357. n. 9.) Jenull öſtr. Krim. Recht. S. 131. 133.

den letzteren Grund beruft ſich auch Heffter §. 76. n. 4. vergl. §. 92, ſelbſt für den Fall, wenn der Thäter ein an ſich taugliches Mittel geben wollte und nur aus Verwechslung zu einem untauglichen griff, während er für den Fall, wenn der Thäter gegen einen in abstracto untauglichen Gegenſtand oder mit einem in absracto untauglichen Mittel operirte, gleichfalls den Feuerbachiſchen Grund beibringt, in der freilich etwas unbeſtimmten Wendung: das Recht ſehe in der Regel nur auf das Mögliche und Wirkliche, und Strafe ſetze immer ein beſtimmtes Verbrechen, mithin auch die Verletzung oder wenigſtens Antaſtung eines in concreto giltigen beſtimmten Rechts voraus: die gedachten Verſuchshandlungen aber ſeien entweder facta voluntati contraria, welche über die Gewißheit des Willens kein hinreichendes Zeugniß geben, oder unſchädliche Dummheiten, welche auch ſonſt nicht dem Rechtsgebiete anheimfallen. — Alle dieſe Behauptungen reducirten ſich auf den von Feuerbach mit Entſchiedenheit aufgeſtellten Satz, daß zu einer verbreheriſchen Handlung eine äuſſere Rechtsverletzung oder wenigſtens die äuſſere Gefährdung eines Rechts nothwendig gehöre. Der an ſich durchaus richtige Satz, daß an der verbrecheriſchen Handlung nicht nur die ſubjektive, ſondern auch die objektive Seite weſentlich ſei, erhält alſo hier die weitere Bedeutung, daß dieſes objektive Moment in der wirklichen Läſion einer unmittelbar äuſſerlichen Rechtsexiſtenz beſtehen müſſe. — Dieſer Anſicht entgegen ſtellt ſich die von Oerſted[1]), daß nicht der äuſſere Schaden, ſondern der in der That ausbrechende böſe Wille der Gegenſtand der Strafdrohung ſei. — Beide Anſichten ſind aber einſeitig. Nach der erſteren müſſen

1) Grundregeln, S. 164 ff. vergl. Grolman §. 31. Schröter I. S. 120. n. 1.

auch die gewöhnlichen Verſuchshandlungen, ſobald ſie nur noch keinen Schaden hervorgebracht haben, als nicht verbrecheriſch behandelt werden, wie dies ſchon von Andern, beſonders von Jarcke[1]), ganz mit Recht geltend gemacht worden iſt. Zachariä I. S. 240 will zwar dieſen Einwurf nicht anerkennen, aber ohne ſeine Proteſtation begründen zu können. Nach der Anſicht Oerſteds müßten dagegen auch wirkliche Wahnverbrechen als ſtrafbare Verſuche behandelt werden, da von einem in That ausbrechenden böſen Willen allerdings auch bei ihnen geſprochen werden kann. — Um auf feſten Grund zu kommen, wäre daher zuerſt die Frage zu unterſuchen, ob in der That die Feuerbachiſche Beſtimmung des objektiven Moments die richtige ſei? Nun iſt ſchon im Vorigen die Oerſtediſche Behauptung indirekt abgewieſen worden, ſofern ſie folgerichtig auch zur Beſtrafung bloßer Wahnverbrechen führt. Gegen ihn haben die Gegner vollkommen Recht, wenn ſie dem objektiven Momente überhaupt eine weſentliche Bedeutung zugeſtehen; dagegen hat er ſeinerſeits gegen ſie Recht, wenn er dem ſubjektiven Momente die überwiegende Bedeutung vindicirt. — Gewiß nämlich iſt ſoviel, daß das Verbrechen weſentlich Handlung iſt, daher nothwendig die verbrecheriſche Abſicht in's objektive Daſein übergetreten ſeyn oder überzutreten angefangen haben muß, wenn juriſtiſch überhaupt von einem Verbrechen die Rede ſeyn ſoll. Hierin ſind das altgermaniſche und das römiſche Recht, und ebenſo Feuerbach und Oerſted einſtimmig. Aber die weitere Frage iſt nun eben die nach dem Ver=

1) Handb. I. S. 217. vergl. Henke Handb. I. S. 256. Eſcher Abh. S. 166. Lelièvre de conatu S. 373—385. Wietgens de conatu S. 131—137. Wächter I. S. 137. b.

hältniſſe beider Seiten der Handlung zu einander. Hiſtoriſch ſtehen ſich in dieſer Hinſicht das germaniſche und das römiſche Recht gegenüber. Jenes nimmt die Weſentlichkeit der objektiven Seite abſtrakt, d. h. die Objektivität als das Uebergreifende. Daher exiſtirt ihm das Verbrechen nur als That, als wirklich gewordene Rechtsverletzung, dieſelbe ſei nun aus bloßem Verſehen, oder aus Vorſatz hervorgegangen. Die Vorausſetzung der Schuld iſt zwar vorhanden, aber noch nicht entwickelt, vielmehr wird das Innerliche nur in ſeinem äuſſerlichen Spiegel angeſchaut. Ein verbrecheriſcher Wille, der ſich nicht in eine adäquate äuſſere That, eine wirkliche Rechtsverletzung, einen handgreiflichen ſchädlichen Erfolg umgeſetzt hat, iſt für dieſe Anſicht das völlig Indifferente. Vielmehr werden alle Beſtimmungen, die weſentlich der ſubjektiven Seite angehören, auf die objektive übergetragen. Daher denn die abſtrakte Berückſichtigung des äuſſeren Erfolgs, daher die Gleichgiltigkeit gegen Handlungen und Erfolge, die an und für ſich ſelbſt nicht rechtsverletzend ausſehen. Damit ſtimmt es denn auch ſehr wohl überein, wenn man nicht daran denkt, Verſuche an untauglichen Objekten oder mit untauglichen Mitteln zu ſtrafen. Aber man muß nur nicht vergeſſen, daß nach dieſer Anſicht der Verſuch als ſolcher überhaupt nicht als ſtrafbar erſcheint. — Umgekehrt behandelt das römiſche Recht die Subjektivität als das Uebergreifende und läßt das Thatmoment als die bloße, an ſich unſelbſtändige Erſcheinung gelten. Indeſſen darf man hieraus nicht etwa ſogleich mit Cropp, Lelièvre u. A. den Schluß ziehen wollen, daß es auch die untauglichen Verſuchshandlungen geſtraft haben werde. Im Gegentheil führte wohl ſchon der accuſatoriſche Proceß zu dem gegentheiligen Grundſatz, der ſich aber auch aus dem ſtraf-

rechtlichen Standpunkte für ſich rechtfertigen ließ. Das römiſche Strafrecht war, wie ſchon einmal bemerkt wurde, kein doktrinäres, ſondern eine Sache des Lebens, und man thut deshalb Unrecht, ihm Konſequenzen zu unterſchieben, die zwar in ſeinem Principe lagen, aber in der Praxis zu den größten Mißſtänden geführt hätten. Wäre die volle Konſequenz des ſubjektiven Geſichtspunkts ausgebeutet worden, ſo hätte in Rom auch das reine Wahnverbrechen als ſtrafbar behandelt, d. h. die nuda cogitatio beſtraft werden müſſen. Dem widerſtrebte der geſunde Verſtand, und es iſt daher wohl ſehr natürlich zu erklären, wenn man dieſem Extrem überhaupt ferne bleiben wollte und deshalb auch dann kein Verbrechen annahm, wenn der Thäter an ein an ſich untaugliches Objekt oder Mittel gerathen war, während es unbezweifelt iſt, daß Verſuche mit in concreto untauglichen Mitteln allerdings für ſtrafbar gehalten wurden. Eben im letzteren Punkte aber hat ſich offenbar die Konſequenz des Princips geltend gemacht, und es fehlt ſogar nicht einmal an Stellen, welche zeigen, daß früher dieſes Princip noch konſequenter verfolgt wurde (ſ. d. Ausſprüche von Pomponius und Neratius in l. 46 §. 8. D. de furtis und l. 6 D. expil. hered.), wie denn auch Justinian in der l. 20. Cod. de furtis daſſelbe ganz unläugbar anwendet. Gleichwohl möchten wir glauben, daß man in der Regel den entgegengeſetzten Grundſatz befolgt habe, wie er in l. 22 §. 4 D. ad l. Corn. de fals. ausgeſprochen iſt, theils aus dem angef. Grunde, weil man fürchtete, daß man ſonſt konſequenter Weiſe auch die nuda cogitatio ſtrafen müßte (quanquam ad cogitationem animi nocens est .... dicamus eum poena eximendum esse), theils weil der Beweis des dolus in Rom vornämlich nur ex re geführt wurde, hiezu aber untaugliche Verſuchshandlungen aller-

dings keine Handhabe boten, theils endlich, weil man ſelbſt auf dem römiſchen Standpunkte ſo argumentiren konnte: der dolus iſt das beſtimmende Princip für den Begriff des Verbrechens, die That nur die für ſich unweſentliche Erſcheinung; gleichwohl muß der dolus überhaupt äuſſerlich erſchienen ſeyn, damit ein Verbrechen vorliege; dieſe Erſcheinung muß nun aber, um den dolus erweiſen zu können, ihm auch wirklich adäquat ſeyn, ſie darf nicht auch als das ganz Unſchädliche gedeutet werden können, als factum voluntati contrarium [1]). Wie dem aber auch ſeyn möge, — denn ein Schwanken der römiſchen Jurisprudenz in dieſem Punkte iſt nicht abzuläugnen, — ſoviel iſt ſicher, daß in der Konſequenz des römiſchen Standpunkts die Beſtrafung der untauglichen Verſuchshandlungen liegt, wie dies denn auch Oerſted ganz richtig heraushebt. Nachdem nun das deutſche Recht ſeiner erſten naiven Geſtalt allmälig entwachſen war und das römiſche Princip in ſich aufgenommen und weiter entwickelt hatte, ſo konnte nun auch jene Konſequenz ſich ohne Gefahr entwickeln, da vermöge der bleibenden deutſchen Grundanſicht über die Weſentlichkeit des Thatmoments die Verwechslung des rechtlichen Standpunkts mit dem moraliſchen nicht mehr zu beſorgen war. Andrerſeits mußte nun aber freilich auch das deutſche Recht ſeine einſeitige Rückſicht auf den Erfolg aufgeben; insbeſondre mußte es die Rohheit abthun, Thatmoment und materiellen Schaden zu identificiren. Der Begriff der objektiven Seite mußte ſich idealiſiren zu dem Begriff der äuſſeren Erſcheinung der verbrecheriſchen Abſicht, und eben damit mußten alle Konſequenzen fallen, die nur die ungebildete

---

1) Vgl. auch Lelièvre Comm. de conatu. S. 119. Mittermaier N. Arch. X. S. 546. Bauer Abh. I. S. 381.

Materialität des früheren Standpunkts mit ſich gebracht hatte, d. h. es mußte nicht nur der Begriff des Verſuchs überhaupt entſtehen, ſondern auch, wenn dieſer Begriff einmal entſtand, konnte kein Unterſchied zwiſchen tauglichen und untauglichen Mitteln gemacht werden. Dieſen Fortſchritt hat denn auch die Karolina mit der auf ihr fußenden Doktrin und Praxis gemacht, was freilich Mehrere nicht, oder nur mit Beſchränkung anerkennen wollen [1]. — Dieſem Fortſchritte gegenüber iſt nun die Feuerbachiſche Anſicht nichts Andres, als eine Repriſtinirung des altgermaniſchen Standpunkts und ſeiner materiellen Auffaſſung des Thatmoments, woraus folgerichtig die gänzliche Verwerfung alles ſtrafbaren Verſuchs ſich ergiebt. Ob aber auch diesmal Feuerbachs Anſicht aus der Konſequenz ſeiner ganzen Theorie gerechtfertigt werden könne, darf ſtark bezweifelt werden. In dieſer Konſequenz liegt es allerdings, das Verbrechen nicht als Unrecht an ſich, ſondern als gefährliche Handlung aufzufaſſen, von welcher mittelſt des pſychologiſchen Zwangs abgeſchreckt werden muß. Offenbar iſt nun auch der Verſuch des Verbrechens eine gefährliche Handlung, und

1) Chog a. a. O. macht der hier vertheidigten Anſicht bedeutende Konceſſionen, glaubt aber doch, die entgegengeſetzte dadurch rechtfertigen zu können, daß die P. G. O. die in bloßen Worten (Drohungen) manifeſtirte Abſicht nicht als Verſuch prädicire, was doch der Fall ſeyn müßte, wenn ſie auch objektiv ungefährliche Handlungen dazu hinreichen ließe. Allein der ſcharfſinnige Verfaſſer überſieht, daß Aeuſſerung in Wort und Aeuſſerung in That immer noch etwas Grundverſchiedenes bleibt. Letzteres verlangt mit Recht die P. G. O. zum Verſuch, während ſie Erſteres nicht genügen läßt. Liegt aber eine That vor, in welcher der böſe Wille ſich äuſſere Exiſtenz gegeben hat, ſo giebt Chog ſelbſt zu, daß die Verhinderung der Vollendung ebenſo vorhanden ſei, wenn das Mittel an ſich untauglich iſt, als wenn es durch Zufall untauglich geworden iſt.

eben deshalb zweifelt auch Feuerbach keinen Augenblick an der Strafbarkeit des Verſuchs überhaupt. Allein gerade aus ſeiner Geſammtanſicht folgt weiter, daß zwiſchen Tauglichkeit und Untauglichkeit der Verſuchshandlungen kein Unterſchied gemacht werden ſollte. Denn offenbar iſt es ja der böſe Wille, der den Menſchen gefährlich macht, und dieſer Wille iſt ebenſogut vorhanden bei der untauglichen, als bei der tauglichen Verſuchshandlung. Daß erſtere für ſich keinen Schaden hervorbringen kann, das macht gar nichts aus; denn auch die letztere thut dies nicht. Man ſtraft ja überhaupt dieſer Theorie gemäß nicht quia peccatum est, ſondern ne peccetur. Iſt der Zweck der Strafe nur der, die Bürger von gefährlichen Handlungen abzuſchrecken, ſo wird dieſer Zweck bloß halb erfüllt, wenn man nur die tauglichen Verſuchshandlungen ſtraft. Denn der dumme oder unbeſonnene Menſch, der ſich heute in ſeinem Mittel vergreift und ſtraflos bleibt, wird darin die größte Anreizung finden, morgen ein tauglicheres Mittel zu wählen. Aber nicht nur dies, auch das Wahnverbrechen ſollte nach Feuerbachs Grundanſicht für ſtrafbar gelten; er ſollte gerade dasjenige behaupten, was Oerſted gegen ihn ausführt. In der That hat denn auch Feuerbach in den früheren Ausgaben ſeines Lehrbuchs die entgegengeſetzte Anſicht gehabt. Ebenſowenig liegt aber andrerſeits Konſequenz darin, wenn Mittermaier, der Vertheidiger einer Gerechtigkeitstheorie, die Feuerbachiſche Anſicht adoptirt. Denn einer wahren Gerechtigkeitstheorie muß nichts mehr zuwider ſeyn, als die Auffaſſung des Verbrechens als gefährliche Handlung[1]. Die Sorge für

1) Unbegreiflich iſt, wie Trefurt N. Arch. 1838 S. 282, 293 vom Standpunkte der Hegel'ſchen Philoſophie aus die Feuerbach'ſche Anſicht annehmen kann. Allerdings iſt (ſ. ebend. S. 406) ſeine

die gefährlichen Handlungen als ſolche überläßt ſie der Polizei. Im Gebiete des Strafrechts dagegen macht es für ſie nichts aus, ob eine an ſich unrechte Handlung objektiv gefährlich iſt oder nicht. Freilich ſind die ſog. Gerechtigkeitstheorieen der letzteren Zeit ſehr ſynkretiſtiſcher Natur, wie ſie dies denn auch durch die Annahme des Epithetons: bürgerlich ſelbſt aufrichtig eingeſtehen. In dieſem Betracht iſt es denn nicht zu verwundern, wenn Zachariä u. A., die ſolchen zuſammengeſetzten Theorieen huldigen, auch bei der hier zunächſt vorliegenden Frage eine freie Diſtinktion anbringen, indem ſie zwiſchen abſtrakter und konkreter Zweckwidrigkeit unterſcheiden. Man kann hier zuvörderſt von dem Mißſtand abſehen, daß dieſelben Fälle bei dem einen als Beiſpiele konkreter, bei dem andern als Beiſpiele abſtrakter Zweckwidrigkeit aufgeführt werden[1]), oder daß der eine die Handlungen gegen untaugliche Objekte für ſtrafbar, dagegen die mit untauglichen Mitteln für nicht ſtrafbar ausgiebt, während der andre in beiden Punkten gerade das Gegentheil behauptet (Jordan und Lelièvre). Zachariä behauptet[2]), der weſentliche Unterſchied zwiſchen einem bloß unzulänglichen und einem von Anfang an und ſeiner inneren Beſchaffenheit nach untauglichen Mittel ſei nicht

---

Bemerkung gegen Hepp vollkommen richtig, daß beim Verſuch die objektive Seite nicht völlig zurücktrete. Aber auch bei der untauglichen Verſuchshandlung liegt ja eine objektive Exiſtenz des verbrecheriſchen Willens vor. Der Verfaſſer knüpft ſehr richtig an den Irrthum an, aber er macht von dem richtigen Princip eine unrichtige Anwendung (S. 407), wie im bisherigen hinlänglich gezeigt iſt.

1) Mittermaier N. Arch. IV. S. 105. Jordan de nonnullis cotrov. ad doctr. de Conatu. spect. p. 24. Kitka a. a. O. S. 173. Anm.

2) Vgl. Mittermaier N. Arch. I. S. 194.

ſchwer einzuſehen, und ebenſo verhalte es ſich mit dem Unterſchied zwiſchen einem an ſich möglichen, und einem an ſich unmöglichen Gegenſtande des Verbrechens, wenn gleich oft zweifelhaft ſeyn könne, ob ein beſtimmter Fall in die eine oder in die andre Kategorie gehöre. Man kann auch dies zugeben, und gleichwohl die Unterſcheidung für völlig indifferent halten, da es ſich im konkreten Falle doch immer nur von der konkreten Unmöglichkeit handelt. In der That iſt aber ein mit einem undurchdringlichen Panzer geſchützter Menſch ein ebenſo unmöglicher Gegenſtand der Tödtung, als ein bereits todter, und ein im Augenblick der Darreichung bereits paralyſirtes Gift iſt im konkreten Fall ebenſo ſchlechthin unwirkſam, als Zucker, der ſtatt Arſeniks gegeben wird. Auch das bloß unzulängliche Mittel, noch ſo oft in derſelben Weiſe widerholt, wird, wie Luden [1]) richtig ſagt, niemals das Verbrechen vollenden. Ja, wenn man dann einmal auf dieſer unnatürlichen Abſtraktion vom Willen beharren will, — ſo iſt die Handlung des Dolchzückens und Hineinbohrens doch wohl in ſich ſelbſt von gleich gefährlicher Natur, ob ſie nun das eine Mal an einem undurchdringlichen Panzer, das andre Mal an dem bereits eingetretenen Tod ihre Wirkſamkeit einbüßt. In beiden Fällen hat der Gegenſtand des Verbrechens eine Qualität an ſich, die gegenüber dem Handelnden Zufall iſt, die aber macht, daß die Handlung ihre Wirkung nicht entbinden kann. Daß der Verbrecher reuſſiren würde, wenn er das an ſich taugliche Mittel ein andres Mal auf taugliche Weiſe anwendete [2]), kann wahrhaftig nichts ausmachen. Denn

1) Luden Abh. I. S. 475, 476. Anm. Bauer Abh. I. S. 385. Vgl. Pfotenhauer über den Einfluß des Irrthums. S. 79, 128, 157, 189.

2) Zachariä I. S. 240 n. 2. Rossi Traité, II. 31.

man ſtraft ja nur das wirklich Gewordene, nicht das, was möglicher Weiſe hätte werden können. Auch gilt von dem, der Zucker ſtatt Gifts giebt, ganz daſſelbe; wenn er ein andres Mal das rechte Mittel ergreift, ſo wird er auch reuſſiren. Wenn daher Zachariä ſagt: „die Strafbarkeit des Verſuchs mit bloß unzulänglichen Mitteln ergiebt ſich von ſelbſt daraus, daß in dieſen Fällen der Thäter wirklich ein zur Vollbringung dienſtliches Mittel angewendet hat, deſſen Wirkſamkeit nur ein Zufall vereitelte," ſo iſt damit nichts gewonnen. Denn 1) iſt eben daſſelbe auch bei untauglichen Mitteln der Fall, daß durch einen Umſtand, der für den Handelnden in die Sphäre des Zufalls gehört, die Wirkſamkeit ſeiner an ſich durchaus gefährlichen Handlung vereitelt wird. 2) Wenn Zachariä ſagt, eine Handlung mit bloß unzulänglichen Mitteln ſei auch ihrer äuſſeren Beſchaffenheit nach mehr oder weniger geſetzwidrig, ſo iſt dies in der That nicht wohl zu begreifen. Denn geſetzwidrig iſt nur die Richtung einer Handlung auf das verbotene Ziel, keineswegs aber die äuſſere Beſchaffenheit der Handlung als ſolche. Behauptet man das Letztere, ſo darf man überall nur die wirklich vollendete Handlung für verbrecheriſch erklären; denn die bloß verſuchte, ſie ſei mit tauglichen oder untauglichen Mitteln verſucht, hat an ſich keine Rechtsverletzung hervorgebracht. Will man aber überhaupt einmal jenen materiellen Standpunkt aufgeben und auch Handlungen, die an ſich nicht rechtsverletzend werden, ihrer Richtung auf das verbotene Ziel wegen als Verſuche ſtrafen, ſo kann man nun vernünftiger Weiſe nicht mehr eine bloße Konſequenz jenes verlaſſenen Standpunkts nachſchleppen wollen; vielmehr muß man dann einſehen, daß eben dieſe Richtung auf das verbotene Ziel in beiden Fällen auf die gleiche Weiſe vorhanden, daß die konkrete

Handlung in beiden Fällen gleichwenig wirkſam, daß in beiden Fällen an der äuſſern Beſchaffenheit der Handlung, für ſich genommen, gleich viel und gleich wenig Geſetz=widriges iſt. 3) Eben dies iſt aber der Grundfehler bei der Ausführung Zachariä's, daß hier aus zweierlei Principien argumentirt wird, ein Verfahren, das freilich bei der Aufſtellung einer „bürgerlichen Gerechtigkeits=theorie" überall unvermeidlich iſt. Einerſeits wird hin=ſichtlich der unzulänglichen Mittel das ganz richtige Princip angewandt, daß eine in ſich wirkungslos gebliebene Handlung doch für verbrecheriſch angeſehen werden müſſe, weil in ihr ein beſtimmter dolus ſich manifeſtirt habe. Andrerſeits fällt er hinſichtlich der untauglichen Mittel ganz und gar auf den materiellen Standpunkt des alt=deutſchen Rechts zurück, das die Willensſeite ignorirt und nur die objektive Qualität der That berückſichtigt. Dieſe Unnatürlichkeit muß aber nothwendig durch Argumente verdeckt werden, die man nur ſchärfer in's Auge faſſen wird, um ſie als nichtig zu erkennen. Zachariä ſagt mit Feuerbach, die Handlung müſſe objektiv gefährlich ſeyn. Er giebt dafür nicht mehr den entſcheidenden Feuerbachiſchen Grund an, der den Begriff des Verſuchs überhaupt aufhebt. Er ſagt nur noch, die Handlung müſſe auch ihrer äuſſeren Beſchaffenheit nach mehr oder weniger geſetzwidrig ſeyn. Daß damit nichts geſagt ſei, wurde ſo eben gezeigt. Halten wir nun aber eben das Moment der objektiven Gefährlichkeit für ſich feſt, ſo entſteht ſogleich die Frage, ob denn nur überhaupt mit irgend einem Rechte von der objektiven Gefährlichkeit einer Verſuchshandlung, abgeſehen von der darin ausgeſprochenen ſubjektiven Geſinnung, geſprochen werden könne? Dieſe Frage muß aber verneint werden [1].

---

1) Bei andrer Gelegenheit ſagt Zachariä II. S. 241 weſentlich

Denn die Vorausſetzung beim Verſuch iſt ja immer, daß die Handlung objektiv unſchädlich geweſen ſei, (d. h. wenigſtens den beabſichtigten Schaden nicht hervorgebracht habe); eben damit zeigt ſich aber jede Handlung, die bloß beim Verſuch ſtehen bleibt, als eine bloß ſcheinbar gefährliche, und es erſcheint deßhalb als völlig müßig und ungerechtfertigt, weiter darauf zu reflektiren, was noch ferner hätte geſchehen können, wenn es nicht beim Verſuch geblieben wäre. Wer ein an ſich taugliches Mittel auf untaugliche Weiſe gebraucht, der iſt objektiv ebenſowenig ernſtlich gefährlich, als wer von vorn herein ein untaugliches wählte. Beide Handelnden verwenden den Naturkauſalismus auf eine ungeſchickte Weiſe zum Dienſt ihrer Abſicht, und es iſt eine ganz wunderliche Täuſchung, wenn man meint, die Handlung des erſten ſei an ſich gefährlicher. Man ſtellt ſich hiemit die Handlung als etwas nach nothwendigen Geſetzen Verlaufendes vor, während doch beim Verſuch gerade das punctum saliens das iſt, daß das handelnde Subjekt durch irgend eine Ungeſchicklichkeit den naturgeſetzlichen Verlauf ſeiner beabſichtigten Handlung ſelbſt abbricht. Der Unterſchied iſt nur, daß dieſe Ungeſchicklichkeit beim Einen früher eintritt, als beim Andern. Allein dieſer Unterſchied iſt für die rechtliche Beurtheilung des Verſuchs durchaus gleichgültig. Dieſe hat es in beiden Fällen nur mit dem wirklich Gewordenen zu thun, nicht mit dem, was hätte werden können; jenes iſt aber in beiden Fällen eine unſchädlich gebliebene Handlung. Wenn nun dieſe Handlung gleichwohl den Charakter des Verbrecheriſchen und Strafbaren haben ſoll, ſo kann dieß

daſſelbe. Auch Mittermaier N. Arch. I. S. 169 beruft ſich, übrigens ohne allen Beweis, auf jenes falſche Argument. S. dagegen Bauer Abh. I. S. 373, 374.

nur in der darin manifeſtirten verbrecheriſchen Abſicht, d. h. nur in der darin ausgeſprochenen ſubjektiven Gefährlichkeit liegen. Deshalb iſt denn allerdings kein Verſuch vorhanden, wenn ein Subjekt eine ſolche Abſicht nur zu haben meinte, während es ſie in Wahrheit nicht hatte. Dagegen wenn ſeine Abſicht in der That eine verbrecheriſche war, ſo muß es fernerhin ganz gleich ſeyn, worin der Grund lag, der die Handlung unſchädlich machte, vorausgeſetzt nur, daß er nicht in der freiwilligen Zurücknahme der Abſicht von Seiten des Subjekts ſelber lag. Denn immer war es der vom Handelnden ungeſchickt gebrauchte, nicht gehörig bemeiſterte Naturkauſalismus, der ſeine Abſicht in der objektiven Auſſenwelt Schiffbruch leiden ließ. Die von Zachariä, Roſſi und A. gemachte Unterſcheidung von untauglichen und bloß unzulänglichen Mitteln will daher nichts heißen. Die Forderung, daß die Verſuchshandlung auch ihrer äuſſeren Beſchaffenheit nach der bürgerlichen Geſellſchaft nachtheilig ſeyn müſſe [1]), hebt auch den Begriff des Verſuchs mit tauglichen Mitteln auf. Ueberhaupt aber macht ſich in der Forderung, daß die verbrecheriſche Erſcheinung, abgeſehen vom Willen, in ſich eine rechtsverletzende Qualität haben müſſe, ein rohes, von der poſitiven Rechtsbildung längſt überwundenes Princip geltend, dem vielmehr das Andere ſubſtituirt werden muß, daß das Thatmoment weſentlich, aber eben nur als Erſcheinung der verbrecheriſchen Subjektivität weſentlich ſei [2]). Die Behauptung, daß man hiemit

1) ſ. beſonders Romagnoſi u. Carmignani a. a. O., während Filongieri IV. 2. Kap. 37. a. E. gerade den entgegengeſetzten Schluß zieht.

2) Mit der „Vereinigung des ſubj. und des obj. Moments", wie ſie Zachariä II. §. 172 fordert, iſt nichts zu machen. Uebrigens

das Strafrecht mit der Moral verwechſle und auf die Beſtrafung der nuda cogitatio komme, iſt aber ſo wenig gegründet, daß vielmehr geſagt werden muß, daß nur nach der hier vertheidigten Anſicht die Gränze zwiſchen den gedachten Gebieten genau ſich beſtimmen laſſe. Der Moral gehört eine Handlung an nach ihrer innerlichen Seite; ſobald aber die ſchlechte Geſinnung ſich auch äußerlich hervorgewagt hat, so hat ſie damit den Boden des Rechts betreten; und ſobald ſie auf dieſen Boden als Abſicht, das an ſich Unrechte zu bewirken, getreten iſt, ſo liegt nicht mehr bloß eine immoraliſche Geſinnung, eine nuda cogitatio, ſondern eine verbrecheriſche Abſicht vor, die ſich Exiſtenz gegeben hat. Umgekehrt iſt es ſchwer, ſich einen Begriff von einem Unterſchied zwiſchen Immoralität und Verbrechen zu machen, der von einem rein zufälligen Momente abhängen ſoll, nämlich von dem Mehr oder Minder der Unangemeſſenheit der äuſſeren Erſcheinung zu der in derſelben manifeſtirten Abſicht. Eben in der unklaren Vorſtellung über jenen Unterſchied aber, in der ſonderbaren Anſicht, daß das Verbrechen aus zwei Theilen beſtehe, aus immoraliſcher Geſinnung, und äußerlich rechtsverletzender Handlung, daß daher die Beſtrafung des bloß ſubjektiv Gefährlichen eine Ueberſchreitung der Gränzen des Rechts ſei, in dieſen Vorausſetzungen, die unmittelbar auf die Verwerfung des Verſuchsbegriffs überhaupt hinführen, dreht ſich die ganze Beweisführung von Zachariä in den §§. 125—130 herum. Denn den von Roſſi geltend gemachten Grund, daß, was nicht vollendet werden könne, auch nicht angefangen werden könne, führt er

---

erkennt er die Rohheit der gedachten materiellen Auffaſſung II. S. 163. 164. ſelbſt an.

nur im Schlepptau mit, weil ihm vielleicht ſelbſt das darin liegende Sophisma bedenklich war [1]). — Was nun von den untauglichen Mitteln gilt, das muß, wenn irgend Konſequenz ſtattfinden ſoll, auch von den untauglichen Objekten gelten, wie denn auch die Gegner für beide Fälle dieſelben Argumente brauchen [2]). Uebrigens iſt gerade in dieſer Beziehung noch an eine wichtige praktiſche Folge zu erinnern. Man denke ſich zwei Miturheber, die ohne vorausgegangener Verabredung einem Dritten das Leben nehmen wollten. Sie treffen zufällig zuſammen und ſchlagen zugleich los; der Streich des B. fällt aber erſt, nachdem der des A. bereits gefallen iſt und den Dritten getödtet hat. Hier muß der B. nach Zachariä's Anſicht ſtraflos bleiben, weil er an einem bereits Todten ſich verſucht hat. Wie vereinigt es ferner Z. mit ſeiner Anſicht über die untauglichen Verſuchshandlungen, daß er da, wo es zweifelhaft iſt, ob Wirkung überhaupt oder als Folge der verbrecheriſchen Handlung eingetreten ſei, unbedenklich Verſuch annimmt? Er ſagt: „Ueberall, wo ein ſolcher Zweifel eintritt, liegt die Wirkung juriſtiſch nicht vor, und es iſt nicht einzuſehen, warum es kein Verſuch des Verbrechens der Tödtung ſeyn ſoll, wenn z. B. wegen Unmöglichkeit der Sektion der Kauſalzuſammenhang zwiſchen Handlung und Erfolg wirklich unerwieſen iſt." Alſo dieſer Kauſalzuſammenhang iſt das eine Mal nöthig, das andre Mal nicht. Ein nicht exiſtirender Kauſalzuſammenhang

---

1) ſ. Luden Abh. I. S. 195 n. 1.

2) Chop a. a. O. ſucht allerdings beide Fragen zu trennen. Allein am Ende läuft doch ſeine Argumentation auch nur auf den eben angef. Grund von **Rossi** hinaus, u. auch er verwechſelt das Objekt des Verbrechens als ſolches mit dem unmittelbaren Gegenſtand der Handlung.

iſt doch aber einem juriſtiſch nicht exiſtirenden gleich! Und auch dann, wenn Jemand einen bereits Todten zu tödten verſucht, „liegt Abſicht zu tödten und mörderiſche Behandlung vor", wäre alſo ebenſowohl ſtrafbarer Verſuch anzunehmen, als in dem von Z. S. 25 n. 1. angf. Fall. Wenn nun freilich im Gegentheil Z. die richtige Anſicht lächerlich zu machen ſucht, weil ſie darauf führe, theils den Ehemann, zu ſtrafen, der bei ſeiner eigenen Frau ſchläft, während er eine fremde zu umarmen glaubt, theils ſolche zu ſtrafen, welche einen Menſchen todt beten wollen, — ſo iſt zu erwiedern, ad 1), daß ein ſolcher Ehemann mit vollem Recht geſtraft wird, wie auch Luden Abh. I. S. 199. Anm. ganz richtig ausgeführt. Es erſcheint dieß auch in der That nur ſo lange befremdend, als man eben die ganz materielle Vorſtellung vom Verbrechen hat, daß es einen äußeren Schaden hervorgebracht haben müſſe. Hat man aber dieſe Vorſtellung abgethan und faßt das Verbrechen in ſeinem Weſen auf, ſo wird man auch unter Ehebruch z. B. nicht dies verſtehen, daß wirklich ein Ehegatte dem andern ſo zu ſagen portionem quandam seminis entfremdet haben müßte, ſondern man wird darin die Verletzung der ehlichen Treue ſehen, die doch wahrlich auch in dem vorausgeſetzten Fall vorhanden iſt. Ebenſo wird man den Diebſtahl als Verletzung des Eigenthumsrechts, die Tödtung als Verletzung des Rechts auf das Leben auffaſſen, mithin das Verbrechen auch dann als exiſtent annehmeu, wenn Jemand dieſes Recht an einem Gegenſtand verletzen wollte, an dem es, ohne ſein Wiſſen, zufällig nicht verletzt werden konnte, ſobald er nur die beſtimmte Abſicht unverkennbar an den Tag gelegt hatte [1]. ad 2)

---

1) Luden Abh. I. S. 161. Anm. Bauer Abh. I. S. 389. 390.

iſt zuzugeben, daß allerdings auch ſolche, die an ſich ganz untaugliche Mittel anwenden, in ſo lange als Verbrecher behandelt werden müſſen, als ſie nicht als zurechnungsunfähig zu prädiciren ſind. Die Verſuche von Oerſted u. A. [1]), dieſer Konſequenz zu entgehen, ſind gänzlich abzuweiſen, und das Züricher Obergericht war mit ſeinem in den Anm. zum Hannövr. Entw. II. S. 133 angef. Urtheil völlig im Rechte. — Auch in dieſer Frage übrigens haben die deutſchen Geſetzgebungen [2]) faſt durchgängig die richtige Anſicht ergriffen, und wenn die franzöſiſche das Gegentheil anordnet, ſo hat das bei ihr dieſelbe Urſache, aus welcher wahrſcheinlich auch das Römiſche Recht ſeinem Principe ungetreu geworden iſt. —

§. 121.

c) Endlich aber beſtimmt ſich das Verhältniß des Thatmoments zu dem Willensmomente näher dahin, daß in erſterem das letztere ſich reflektirt und das Weſen darin ausmacht, daher das Thatmoment nur die Bedeutung der zwar an ſich weſentlichen, für ſich aber unſelbſtſtändigen Erſcheinung hat. Darin liegt aber: 1) daß Unangemeſſenheit der äuſſeren Erſcheinung eben nur eine Unvollſtändigkeit des äuſſerlich Erſcheinenden ſeyn, keineswegs aber eine Unvollſtändigkeit in Beziehung auf den Begriff des Verbrechens ſelbſt involviren darf, daß vielmehr

---

vgl. Kitka a. a. O. S. 177. wo freilich nicht die richtigen Konſequenzen gezogen ſind.

1) Bauer Abh. I. S. 376. 377., während er früher das Gegentheil behauptet hatte. ſ. hierüber Mittermaier n. Arch. X. S. 553.

2) ſ. Mittermaier zu Feuerbach §. 42. n. 7. 8. beſonders Hufnagel Kom. I. S. 143—147.

in der inadäquaten Erſcheinung das volle Weſen einer beſtimmten verbrecheriſchen Abſicht erkennbar ſeyn muß, 2) daß eben deßhalb der verbrecheriſche Verſuch erſt da anfängt, wo eine ſolche beſtimmte verbrecheriſche Abſicht ſich als ſolche äußerlich manifeſtirt hat. 3) daß die verbrecheriſche Erſcheinung ihren Charakter als verbrecheriſcher Verſuch wieder verliert, ſobald das Weſen daraus hinwegfällt, d. h. ſobald das handelnde Subjekt die verbrecheriſche Abſicht freiwillig wieder aufgiebt (wodurch natürlich nicht ausgeſchloſſen wird, daß der bereits zu einer wirklichen, geringeren Rechtsverletzung gediehene Verſuch als anderweitiges vollendetes Verbrechen geſtraft werden kann).

Anm. 1) Im Verſuch zeigt ſich die Subjektivität als das Uebergreifende im Weſen des Verbrechens am prägnanteſten. So weſentlich auch die objektive Seite der Handlung iſt, ſo ſehr ſie in der Form des kulpoſen Vergehens ſogar als das Ueberwiegende ſich behaupten darf, ſo liegt es doch in der Natur des Verbrechens, als einer von der Freiheit producirten Handlung, daß alle Objectivität der Handlung ihre letzte, weſentlichſte Beſtimmtheit durch die darin ausgeſprochene Subjektivität erhält, wie denn ja auch das Verſehen ſeinen Charakter als Verbrechen nur durch ſeine Reduktion auf den Willen als wenigſtens mittelbar beſtimmendes Princip gewinnt. Eben jener Grundſatz aber, der in der Form des vollendeten doloſen Verbrechens als der vermittelten Einheit beider Seiten der Handlung wieder zurücktritt, ſtellt ſich in der Form des verbrecheriſchen Verſuchs in ſeiner ganzen Bedeutung hervor. Zur Totalität der Exiſtenz des Verbrechensbegriffs gehört es allerdings, daß das volle Weſen auch vollſtändig in die Erſcheinung getreten iſt. Allein im Verſuch wird es offenbar, daß dieſes Weſen auch dann noch ſeine Macht ausübt, wenn es

ſich in einer nur unangemeſſenen Erſcheinung abſpiegelt. Eben dies nun aber, daß die Subjektivität als das im Verſuch erſcheinende Weſen ſich beſtimmt, macht das Princip für die ganze Lehre vom Verſuche aus, von welchem aus alle einzelnen Fragen ihre Beantwortung erhalten müſſen. Dieſes Princip lag ſchon der bisherigen Ausführung zu Grunde, indem ſich erſtens die formelle Abſicht als das Beſtimmende für den Begriff des Verſuchs, zweitens die Erſcheinung als das für ſich Unſelbſtändige erwies, wobei namentlich auch dies ſich ergab, daß es gleichgültig ſei, ob von der Erſcheinung für ſich ſchon die ſog. objektive Gefährlichkeit ausgeſagt werden könne oder nicht. Nachdem aber die einzelnen Momente des Begriffs ſich für ſich hervorgeſtellt haben, iſt nun eben dieſer Begriff in ſeiner Totalität näher zu betrachten und in ſeine Konſequenzen zu entwickeln. Dies geſchieht im obigen §en. Der Verſuch iſt die nicht vollſtändig äußerlich gewordene, in ſich vollkommene Abſicht, ein beſtimmtes Verbrechen zu begehen. Hierin liegt denn, daß die äuſſere Erſcheinung beim Verſuch das an ſich Unſelbſtändige iſt, was ſeinem verbrecheriſchen Charakter eben nur durch das in ihm erſcheinende Weſen, die verbrecheriſche Abſicht, erhält [1]. Daraus ergeben ſich aber von ſelbſt die drei oben aufgeſtellten Forderungen.

a) Ein bloßer Mangel am Thatbeſtande [2] iſt nicht ſogleich auch verbrecheriſcher Verſuch. Zachariä I. §. 15—19 führt dies in Beziehung auf das Reſultat ganz gut aus, jedoch fehlt es an der Zurückführung auf den wahren Grund. Es iſt ſehr richtig bemerkt,

1) Luden Abh. II. S. 201. vgl. 192. 193.

2) Vgl. Mittermaier im N. Arch. VI. S. 355. Hufnagel Kom. I. S. 124.

daß Vollendung und Summe des Thatbeſtands nicht identificirt und ſo als Gegenſatz dem Verſuche entgegengeſtellt werden dürfen, da ſonſt als verbrecheriſche Verſuche auch ſolche Fälle gelten müßten, in welchen der Handelnde es gar nicht auf die Realiſirung des Verbrechens in ſeinem beſtimmten vollen Begriffe abgeſehen hatte. Allein der Ausweg, den nun der Verf. nimmt, hat etwas Schiefes, ſofern er in Wahrheit nur auf diejenige Art des Verſuches paßt, welche durch die Unterbrechung der Handlung in ihrem ſucceſſiven Verlaufe entſteht, obgleich im §. 17 wiederum ganz richtig der Verſuchsbegriff auch auf diejenigen Fälle angewandt wird, wo a) entweder die Wirkung deshalb nicht eingetreten iſt, weil ſie mit dem angewendeten Mittel oder an dem zu verletzenden Gegenſtande nicht hervorgebracht werden konnte, oder b) wo es zweifelhaft iſt, ob die Wirkung überhaupt oder als Folge der verbrecheriſchen Handlung eigetreten ſei. (Hinterher will freilich der Verf. ad a) keinen ſtrafbaren Verſuch angenommen wiſſen [1]), während er ad b) keinen Zweifel darüber hat). Z. will nämlich, daß ſtatt Vollendung lieber Beendigung des Verbrechens geſagt werde, d. h. er legt alles Gewicht auf den zeitlichen Verlauf (Endpunkt). Eben damit iſt aber keineswegs das Richtige getroffen. Denn einerſeits iſt damit nur für die eine Art der Verſuchs-Handlungen Vorſorge getroffen, andrerſeits iſt auch für dieſe nicht der ſchlagende Grund angegeben. Der Unterſchied des Verſuchs vom Mangel im Thatbeſtand iſt nicht in der Sphäre der äußeren Erſcheinung, ſondern in der Subjektivität zu ſuchen. Er liegt einfach darin, daß zum Verſuch die volle Abſicht, d. h. die den geſammten Thatbeſtand des Verbrechens umfaſſende

1) ſ. übrigens auch Zachariä II. S. 28. n. 1.

Abſicht gehört, während ein bloßer, nicht als Verſuch zu behandelnder Mangel am Thatbeſtande dann vorliegt, wenn die Abſicht nicht den vollen Begriff des Verbrechens in ſich ſchloß (in welchem Falle dann entweder gar kein Verbrechen, oder wenigſtens ein anderes exiſtirt [1]).

b) Ebenſo folgt aus demſelben Principe die Beantwortung der Frage nach dem Anfangspunkte des ſtrafbaren Verſuchs. Was das poſitive Recht betrifft, ſo iſt bekannt, daß das römiſche Recht [2]) auch bloße ſog. Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedrohte; und der neuerdings erhobene Streit betrifft nur die Frage, ob darin ein allgemeiner Grundſatz anzuerkennen ſei, oder nicht. Der Streit ſcheint übrigens ziemlich unfruchtbar, da nach dem ſporadiſchen Zuſtand der Quellen ſich wohl nie ein abſolut entſcheidender Grund für die eine oder die andre Meinung wird hervorſtellen laſſen. Indeſſen iſt nicht wohl zu begreifen, was ſich diejenigen, welche hier und anderswo im römiſchen Strafrechte keine Regel und kein Princip anerkennen, als den Geiſt dieſes Rechts vorſtellen mögen. Weiter, als das römiſche, geht das kanoniſche Recht, deſſen Tendenz dahin geht, ſelbſt die böſe cogitatio für ſtrafbar zu erklären [3]); dieſe Tendenz konnte freilich nirgends praktiſch ſich geltend machen, wo die Kirche über das innere forum hinausging und bürgerliche Strafbeſtimmungen gab; um ſo gewiſſer aber

---

1) Kleinſchrod Syſtem. Entw. I. §. 33. 34. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 97.

2) A. M. iſt Luden. ſ. jedoch Zachariä II. S. 5. 6. Anm. 2. vgl. Wächter I. §. 85. n. 67. 19. Cropp S. I. S. 51—66. S. II. Welcker Letzte Gründe, S. 555. Lelièvre a. a. O. S. 107. ff. Simoni dei deletti I. S. 27—72.

3) ſ. das Zeugniß des Gandinus bei Luden Abh. I. S. 404. ꝛc.

mußte die Kirche den Standpunkt des römiſchen Straf-rechts auch zu dem ihrigen machen. Dieſer Anſicht lei-ſtete auch keineswegs, wie es oft dargeſtellt wird, der ſogen. objektive Geiſt des germaniſchen Rechts Wider-ſtand. Im Gegentheil finden wir ja ſchon in frühen germaniſchen Rechtsquellen den Verſuch, und zwar ſchon den entfernten, ſogar ſchon als Verſuch, d. h. nach Maßgabe des vollendeten Verbrechens beachtet und mit Strafe bedroht [1]). Und eben zu dieſer höheren Ausbildung wurde im Laufe der Zeit das geſammte germaniſche Recht durch den Einfluß der Kirche erzogen. Nur den römiſchen Grundſatz, daß der Verſuch eben ſo harte Strafe verdiene, als die Vollendung, hat im ger-maniſchen Recht von jeher eine generalis consuetudo abgewieſen. Dagegen zweifeln auch die Schriftſteller und Praktiker am Ende des Mittelalters, die an der Vermittlung des klaſſiſchkirchlichen Rechts mit germani-ſchen Rechtsanſichten arbeiteten, keineswegs daran, daß ſchon der entfernte Verſuch ſtrafbar ſei, da ſie vielmehr nur die Regel der gleichen Strafbarkeit des Verſuchs mit der Vollendung, an welche ſie durch das römiſche Recht ſich gebunden glaubten, auf den Fall des conatus proxi-mus beſchränkten. Zachariä I. §. 118. 119. ſcheint dies zwar, zum Theil in offenem Widerſpruch gegen die in den Noten angef. Stellen, nicht zugeben zu wollen; aber nach ſeiner genaueren Ausführung, II. §. 154—157 kann es keinen Zweifel leiden. Und, wenn es allerdings Schriftſteller gab, welche zum conatus remotus ſchon ſehr weit vorgeſchrittene Verſuchungshandlungen rechneten, ſo gab es auch ſolche, die umgekehrt ſchon das cum telo am-bulare als conatus proximus aufführen (Angelus Are-

---

1) Wilda Strafrecht der Germanen. S. 599—608.

tinus). Ebenſowenig kann geläugnet werden, daß die deutſche Doktrin, welche ſich auf der Grundlage der Karolina ausbildete, die Strafbarkeit auch entfernter Verſuchshandlungen nie bezweifelt hat [1]. — Erſt Mittermaier [2]) hat neuerdings die Behauptung verfochten, daß ſolche Akte noch nicht für bürgerlich ſtrafbar angeſehen werden dürfen, und es iſt ihm hierin, auſſer Bauer, namentlich Zachariä in ausfürlicher Erörterung nachgefolgt (I. §. 105—114). Die Beweisführung iſt folgende: die Sicherung des Rechtszuſtands erheiſche auch dann Strafe, wenn nur mit der Geſetzesübertretung begonnen ſei, niemals aber früher; denn Gegenſtand des bürgerlichen Strafrechts ſeien nur äuſſere, und zwar nur objektiv gefährliche (äuſſerlich erkennbar geſetzwidrige) Handlungen. Dahin gehöre aber immer erſt die begonnene Haupthandlung. Wer dagegen ſchon Vorbereitungshandlungen ſtrafen wolle, der komme konſequent auf die Beſtrafung des bloßen Entſchluſſes. Solche, an und für ſich unſchuldige Handlungen können nie den Beweis liefern, daß der Handelnde den feſten Willen gehabt habe, die Ausführung auch wirklich zu beginnen. Auch ſeien derlei Handlungen der Zeit nach von der Ausfüh-

---

1) Zachariä a. a. O. II. §. 158—162.

2) N. Arch. I. S. 168 169. II. S. 604 ff. IV. S. 20 ff. X. S. 549. vgl. die bei ihm citt. Schriften von Bauer, Brouwer, Lelièvre, Wintgens, Mittermaier not. 6. zu Feuerbach §. 42; beſ. Kitka a. a. O. S. 180 ff. Rossi II. S. 268. Carmignani III. S. 311. Hellie II. S. 13. Dagegen beſ. Oerſted Abh. II. S. 150 ff. Roßhirt zwei krim. Abh. S. 129. Pfotenhauer über den Einfluß des Irrthums S. 46. In Beziehung auf das öſtreichiſche Gb. ſ. gegen Kitka die Ausführung von Jenull I. S. 128—133. 271—276 u. Kitka's eigene Ausführung über die „Bemüh-Beſtreb-Anmaßung“ der Thereſ. GO. Art. 13. §. 2. u. das Joſephin. Strafgb. I. §. 9.

rung entfernt; der Verbrecher müſſe ſich erſt noch in den, eine wirkliche Uebertretung des Geſetzes enthaltenden, Zuſtand verſetzen, ſein Wille könne ſich noch ändern. — Allein eben der Hauptgrund, daß eine Handlung, um bürgerlich ſtrafbar zu ſeyn, objektiv gefährlich ſeyn müſſe, wurde ſchon oben als gänzlich verwerflich und vielmehr zur gänzlichen Negation alles ſtrafbaren Verſuchs führend aufgezeigt. Dazu kommt aber noch, daß hier mit der äuſſerſten Willkühr behauptet wird, erſt die begonnene Haupthandlung ſei objektiv gefährlich, habe eine äuſſerlich erkennbare geſetzwidrige Beſchaffenheit. Zwar laſſen ſich nicht alle vorläufigen Anſtalten, welche Zachariä §. 106 zuſammenſtellt, wirklich unter den Begriff verbrecheriſcher Vorbereitungshandlungen, ſubſumiren; aber ganz gewiß iſt dieß doch der Fall theils mit ſolchen Handlungen, „welche in der Anſchaffung und Zubereitung der zur Verübung des Verbrechens nothwendigen Kräfte, Mittel und Werkzeuge beſtehen, theils mit ſolchen, welche vorgenommen werden, um ſich in den zur Verübung des Verbrechens unmittelbar erforderlichen phyſiſchen Zuſtand zu verſetzen.“ Von ſolchen Handlungen kann ganz mit demſelben Rechte, wie von den ſchon weiter vorgeſchrittenen, geſagt werden, daß ſie objektiv gefährlich ſeien und eine Uebertretung des Geſetzes enthalten. Man muß nur allgemeine verbrecheriſche Projekte, vorläufige Anſtalten zu noch unbeſtimmten Zwecken wohl unterſcheiden von den vorbereitenden Handlungen behufs der Ausführung eines beſtimmten verbrecheriſchen Plans [1]). Nur von jenen kann

1) Feine, aber etwas allzufeine Bemerkungen ſ. bei Zirkler N. Arch. 1839. S. 276—298, wo insbeſondere die wiederholt behauptete Uebereinſtimmung mit Luden auffällt. ſ. beſonders Jenull öſtr. Krim. Recht I. S. 273. Anm.

— wiewohl immer noch unſchicklich — der Ausdruck: unſchuldig gebraucht und geſagt werden, ſie liefern für ſich noch nicht den Beweis des feſten Willens, ein beſtimmtes Verbrechen auch wirklich auszuführen, wozu immer noch ein beſondrer Entſchluß erforderlich ſei; keineswegs aber von den letzteren. Denn eine Handlung, die im Dienſte einer beſtimmten verbrecheriſchen Abſicht unternommen wird, tritt eben damit aus der Reihe der indifferenten Handlungen heraus; eine ſolche iſt nie mehr unſchuldig. Die Behauptung aber, daß es nach der Anſchaffung der Mittel noch eines beſondern Entſchluſſes zur Ausführung bedürfe, iſt durchaus willkürlich: es bedarf nur einer Feſthaltung des erſten Entſchluſſes, der ſchon der Anſchaffung der Mittel vorherging; und eben dieß iſt auch in dem Stadium von dem Anfang der Ausführung der Haupthandlungen bis zu deren Vollendung noch der Fall, oder man könnte wieder mit demſelben Rechte ſagen, auch hier bedürfe es noch einer Reihe neuer, beſondrer Entſchlüſſe. Ganz ebenſo verhält es ſich mit der Behauptung, daß die Vorbereitungshandlungen der Zeit nach von der Ausführung entfernt ſeien, daß der Handelnde ſeinen Willen noch ändern könne. Erſteres iſt, wie ſich von ſelbſt verſteht, ganz indifferent; letztres aber kann wiederum mit demſelben Rechte von allen Verſuchshandlungen bis zur Vollendung des Verbrechens hin geſagt werden. In der That iſt es auch ganz vergebliche Mühe, nach einem Grunde ſuchen zu wollen, vermöge deſſen erſt mit dem Beginn der Haupthandlung die Strafbarkeit des Verſuchs beginnen ſollte. Daß ſchon die Vorbereitungshandlungen zu einem beſtimmten Verbrechen Verſuch ſeien, wird von den Gegnern ſelbſt eingeräumt. Iſt dem aber ſo, ſo iſt von hier an der Fortſchritt bis zur Vollendung ein bloß quantitativer; es

können daher zwar verſchiedene Grade oder Stufen von da an gedacht werden; aber woher ſoll ein qualitativer Unterſchied von der Stärke kommen, daß er das Mehr dem Gebiete der Strafbarkeit, das Minder dem Gebiete der Strafloſigkeit zuwieſe? Aus dem Begriffe des Verſuchs ſelbſt nicht, wie die Gegner zugeben, — eben deshalb fallen denn die ſo eben angef. Behauptungen, daß nach der Anſchaffung der Mittel ein neuer Entſchluß vonnöthen ſei, daß der Handelnde ſeinen Willen noch ändern könne ꝛc., von ſelbſt dahin. Es bleibt daher nichts übrig, als einen ſolchen Grund von auſſen herbeizuziehen, und hier muß denn eben die zweideutige Bequemlichkeit einer ſynkretiſttiſchen Theorie (der „bürlichen“ Gerechtigkeits-Theorie, d. h. einer relativen abſoluten Theorie) wiederum ihre Dienſte thun. Es reducirt ſich Alles wieder auf den Satz, daß eine Handlung, um ſtrafbar zu ſeyn, für ſich ſelbſt objektiv gefährlich ſeyn, in ſich ſelbſt die erkennbare Uebertretung eines Geſetzes enthalten müſſe. Abgeſehen von dem bereits oben hiegegen Ausgeführten, mag hier nur auf dies aufmerkſam gemacht werden: Nimmt man einmal die Handlung, mit Abſtraktion von der Subjektivität, als objektive Erſcheinung für ſich, ſo kann überall nur von der vollendeten Handlung geſagt werden, daß ſie die geſetzwidrige Beſchaffenheit habe; es müſſen dann dieſer vollendeten Handlung gegenüber alle bloßen Verſuchshandlungen, die näheren wie die entfernten, als — in Beziehung auf den Begriff des beſtimmten Verbrechens — indifferente, unſchuldige Akte prädicirt werden, wie denn auch das germaniſche Recht auf dem Standpunkte ſeiner Kindheit, wie er ſich noch in einigen der älteſten Rechtsquellen zeigt, allerdings dieſe Konſequenz gezogen hat. Sagt man ſich dagegen von jenem Standpunkt

los, d. h. nimmt man die äuſſere Handlung nur als die Erſcheinung des in ihr hervortretenden ſubjektiven Weſens, ſo hat man nun allerdings überhaupt erſt das Recht, von einem verbrecheriſchen Verſuche zu reden, aber man hat nicht auch das Recht, den Anfang dieſes verbrecheriſchen Verſuchs willkührlich erſt mit dem Beginne der Haupthandlung zu ſetzen. Denn wenn jener Begriff überhaupt Realität hat, ſo muß jede in äuſſerer Handlung ſich manifeſtirende Ankündigung der verbrecheriſchen Abſicht darunter fallen, da keine ſolche Handlung mehr indifferent oder unſchuldig, ſondern eben durch ihren ſubjektiven Inhalt bereits objektiv geſetzwidrig iſt [1]). Unter ſolche Akte iſt allerdings die bloße Drohung mit Begehung eines Verbrechens nicht zu rechnen, da in dieſer lediglich der Entſchluß geäuſſert, keineswegs aber ein Anfang mit der thatſächlichen Hervorbringung des Verbrechens gemacht wird. Ebenſowenig ſind dahin vorläufige Anſtalten zu zählen, die erſt zur Bildung einer beſtimmten verbrecheriſchen Abſicht führen ſollen, z. B. Handlungen, „wodurch ſich der Thäter von der Möglichkeit und Sicherheit der Ausführung zu vergewiſſern oder eine paſſende Gelegenheit zur Verübung zu erhalten ſucht." Eben deshalb iſt es auch ganz irrig, wenn Zachariä meint, wer die Strafbarkeit des entfernten Verſuchs behaupte, der müſſe auch ſolcherlei Dinge ſtrafbar finden. Vielmehr ſetzt der Begriff des Verſuchs an ſich ſchon die beſtimmte Abſicht eines beſtimmten Verbrechens voraus, und beginnt dann, wenn mit der Hervorbringung dieſes beſtimmten Verbrechens irgendwie thatſächlich der Anfang gemacht wird,

---

1) S. auch Luden Abh. I. S. 282—285, der dies gegen Mittermaier ausführt, aber freilich ſeiner eigenen Ausführung wieder untreu wird.

namenttich alſo mit ſolchen Akten, welche in der Anſchaffung und Zubereitung der hiezu nothwendigen Mittel, Kräfte und Werkzeuge beſtehen [1]. Hat man dies wohl im Auge, ſo fällt auch das vermeintliche politiſche Bedenken weg, daß die gleichgiltigſten und unſchuldigſten Handlungen zur Verhängung eines Kriminalproceſſes genügen würden. — So wenig, als in der Begründung ſeiner Anſicht, iſt übrigens Zachariä in der Abweiſung der dagegen erhobenen Einwendungen glücklich. Denn, was die erſte betrifft, daß es für den rechtlichen Zuſtand gefährlich ſei, Strafloſigkeit der Vorbereitungshandlungen anzunehmen [2], ſo liegt ja dieſe in der Konſequenz von Zachariä's eigenen Principien. Seine bloße Verſicherung, daß in der Vorbereitung einer verbotenen Handlung noch keine Uebertretung des Geſetzes liege, kann den Widerſpruch ſo wenig zudecken, als die fernere, neuen Widerſpruch mit ſeinen Grundprincipien involvirende, Behauptung, daß die Gefährlichkeit der Handlung noch kein Strafrecht begründe, ſondern erſt ein mit der Handlung ſelbſt ihrer äuſſeren Beſchaffenheit nach begonnener Eingriff in den rechtlichen Zuſtand. Denn eigentlich wird doch hier die Gefährlichkeit der Vorbereitungshandlungen zugegeben, welche an andern Orten für das Kriterium der bürgerlichen Strafbarkeit ausgegeben wird; gleichwohl ſoll dies Kriterium hier wieder nicht genügen. Solche Inkonſequenz iſt aber freilich wohl begreiflich, wenn man bedenkt, daß nach den Prämiſſen Zachariäs über die objektive Beſchaffenheit der Handlung konſequenter Weiſe überall kein bloßer Verſuch für ſtrafbar dürfte

1) Die Vertheidiger der entgegengeſetzten Anſicht ſchwanken übrigens ſelbſt bedeutend über die Grenze im beſtimmten Fall, wie eine Vergleichung Zachariäs mit Mittermaier, Kitka u. A. zeigt.

2) Derſteb Prüfung des bair. Entwurfs. S. 153, 154. (Abh. Bd. II.)

gehalten werden, mithin jede innerhalb des Verſuchsgebiets ſelbſt geſteckte Grenze nothwendig willkührlich und haltlos ſeyn muß. Zu dieſer Willkühr nöthigt aber eben wieder die ſynkretiſtiſche Zweideutigkeit des Grundprincips, welche die Gefährlichkeit der Handlung zum Hauptmoment ſtempelt, und hier offenbar die Gefährlichkeit nicht in dem beſchränkten Sinne von objektiver Gefährlichkeit (der in der That auch kein Sinn iſt), ſondern in dem gut Feuerbachiſchen Sinne nimmt. Gerade dieſem Sinne aber iſt es durchaus gemäß, die Grenzen zwiſchen Sicherungsrecht und Strafrecht zu verwiſchen; wenn mithin aus dieſer Verwiſchung Zachariä den Gegnern einen Vorwurf macht, ſo trifft er mit dieſem Vorwurfe ſich ſelbſt, ſo ſehr er auch in der Sache ſelbſt Recht hat; denn — allerdings, die Gefährlichkeit der Vorbereitungshandlungen iſt nicht der Rechtsgrund ihrer Beſtrafung, ſondern lediglich ihre verbrecheriſche Natur. — Die zweite, von Zachariä bekämpfte Einwendung beſteht in der praktiſchen Unbrauchbarkeit ſeiner Unterſcheidung. Hier hat er nun zwar allerdings Recht, wenn er den Vorwurf den Gegnern zurückgiebt, indem er nachweiſt, daß ſie ja doch denſelben Unterſchied auch bedürfen, um die Grenze zwiſchen entferntem und nahem Verſuche zu bezeichnen. Um ſo gewiſſer offenbart ſich aber die Haltungsloſigkeit ſeiner Anſicht darin, daß er ſelbſt gleichwohl bei einer Reihe von Verbrechen nun doch die Vorbereitungshandlungen ausnahmsweiſe mit Strafe bedroht haben will. Und, wenn er zur Rechtfertigung hievon ſagt: es ſei wohl zu beachten, daß Handlungen, welche im Allgemeinen nur als Vorbereitungshandlungen aufgefaßt worden ſeien, doch wegen der eigenthümlichen Beſchaffenheit des Verbrechens den Charakter von Handlungen der Ausführung erhalten können, ſo iſt dies wohl offenbar nur wieder

eine höchſt willkührliche, überdies in ſich ſelbſt unklare Verſicherung. Auch kann immer zum Vortheil der Gegner noch angeführt werden, worauf Z. ſelbſt S. 215 n. 2 in Beziehung auf das franzöſiſche Recht aufmerkſam macht, daß ein ſchwankender Unterſchied weit gefährlicher iſt, wenn er die Grenze abſoluter, als wenn er bloß eine Grenze relativer Strafbarkeit bezeichnen ſoll. — Wenn ſich übrigens Zachariä wiederholt auch auf die Anerkennung ſeiner Anſicht in der neuen wirtembergiſchen Strafgeſetzgebung beruft, ſo iſt hierüber nur zu bemerken [1]), daß eben die geſetzgebenden Faktoren in Wirtemberg vornämlich nur aus politiſchen Gründen ſich zur Annahme der Mittermaier'ſchen Anſicht bequemten, während nicht nur wiederholt die theoretiſche Ueberzeugung von der Strafbarkeit des entfernten Verſuchs ausgeſprochen, ſondern auch überdies die Regel von der Strafloſigkeit der Vorbereitungshandlungen ſogar praktiſch wieder durch eine ſehr anſehnliche Reihe von Ausnahmen beſchränkt wurde.

c) Daß ein Verſuch, von welchem der Thäter freiwillig wieder abſtand, ſtraflos ſei, (— d. h. als Verſuch des beabſichtigten Verbrechens, während in dem etwa bereits Hervorgebrachten allerdings ein ſtrafbares vollendetes anderweitiges Delikt liegen kann), — das haben ſchon die italieniſchen Praktiker unbedenklich aus dem römiſchen Rechte mit Beweiſen belegen zu können geglaubt [2]). Ob dies freilich mit Recht geſchehen ſei, iſt neuerdings beſtritten worden [3]), jedoch auf eine Weiſe,

1) Hufnagel Komm. I. S. 126. S. auch Mittermaier n. 6 zu Feuerbach §. 42.

2) Zachariä II. §. 274, 275.

3) Derſ. a. a. O. §. 269—273. Und Luden Abh. I. S. 271—279. Dagegen Jordan l. c. p. 30. Mittermaier N. Arch. X. S. 546. und Hiddema a Jongsma ib. etc.

die nicht überzeugen kann. Namentlich hängt die Beweiſsführung von Luden auf's Engſte mit andern höchſt willkührlichen Behauptungen deſſelben zuſammen, welchen Zachariä ſeinerſeits entſchieden entgegentritt, wie namentlich mit der, daß das römiſche Recht überall nur den nächſten Verſuch als ſtrafbar anerkannt habe; (ferner mit ſeiner Behauptung, daß nach römiſcher Anſicht der dolus überall nur ex re habe bewieſen werden können ꝛc.) Beide müſſen aber freilich ſchon zu Folge ihrer Grundanſicht über die Behandlung des Verſuchs im römiſchen Rechte die Beſtreitung jenes allgemein angenommenen Satzes verſuchen, ſofern nach gedachter Anſicht das römiſche Recht die materiellen Verſuchshandlungen, welche es hervorhebt, formell als vollendete Verbrechen behandelt. Denn unter dieſer Vorausſetzung müßte jener Grundſatz auch für materiell vollendete verbrecheriſche Handlungen gegolten, d. h. das römiſche Recht müßte in der Reue einen allgemeinen Grund der Strafloſigkeit geſehen haben. Allein eben das iſt bedenklich, daß dem römiſchen Rechte überall ein ſo hoher Grad von Princip- und Syſtemloſigkeit zugetraut werden ſoll. Sieht man im Gegentheil in den vom römiſchen Rechte mit Strafe bedrohten Verſuchshandlungen nur konkrete Anwendungen des Grundſatzes, daß bei den öffentlichen Verbrechen der Verſuch der Vollendung gleich zu ſtrafen ſei [1]), ſo ſtimmt es damit immer noch wohl zuſammen, daß man einen freiwillig aufgegebenen Verſuch für ſtraflos halten konnte. Denn, wenn es allerdings Princip war, daß der abſolute Grund der Strafbarkeit der irgendwie thatſächlich manifeſtirte dolus ſei, ſo hieng es damit wohl zuſammen, daß

---

1) S. auch Mittermaier (gegen Lelièvre und Sanio) N. Arch. X. S. 546.

die rückwärts geſchehene Annullation dieſes dolus als ein Strafaufhebungsgrund angeſehen wurde. In dieſer Beziehung mußte man dann allerdings den Verſuch im Unterſchiede von der Vollendung denken, während man dieſen Unterſchied hinſichtlich der Strafbarkeit des nicht wieder zurückgenommenen dolus praktiſch nicht zur Geltung brachte. Allein dies hat nichts Verwunderliches, wie denn auch das franzöſiſche Recht unſrer Tage ganz dieſelben Grundſätze [1]) befolgt. Iſt es aber ſchon von allgemeinerem Standpunkt wahrſcheinlicher, daß die bisher allgemeine Anſicht über das römiſche Recht die richtige ſei, ſo iſt die durchweg gekünſtelte Beweisführung aus einzelnen Stellen [2]), wie ſie von den Gegnern verſucht wird, gewiß nicht geeignet, ihrem Einſpruch Gewicht zu geben. Gerade der Grundſatz, von welchem es ſich hier handelt, iſt einer von denen, welche ſich im deutſchen Rechte nur mit Hilfe des fremden Rechts entwickeln konnten, weil er, dem objektiven germaniſchen Geſichtspunkte entgegengeſetzt, die konſequente Durchführung des Princips der Subjektivität vorausſetzt, wie ſie eben im römiſchen Rechte vorlag und aus ihm durch das kanoniſche Recht und die italieniſche Jurisprudenz auf den empfänglichen Boden des deutſchen Rechts herübergetragen wurde. In der That ſehen wir denn auch von Zachariä und Luden ſelbſt den Beweis dafür geliefert, daß die italieniſche Jurisprudenz, welche von der Gloſſe an die Anerkennung des fraglichen Grundſatzes durch das römiſche Recht nicht bezweifelt hatte, die Autorität für die Aufnahme deſſelben in die Karolina geweſen ſei. — Eben weil nun die

---

1) Hellie II. S. 16.

2) Dabei werden von Zachariä namentlich Argumente verworfen, die er bei Gelegenheit der P. G. O. ſelbſt gebraucht. II. §. 277.

Karolina in dieſem Punkte ſich auf ganz unzweifelhafte Weiſe ausſpricht, ſo iſt die Giltigkeit des Grundſatzes auch ſeitdem von der deutſchen Doktrin faſt allgemein behauptet worden [1]; und auch die Diſſentienten haben das Zurücknehmen der Abſicht wenigſtens als Strafmilderungsgrund paſſiren laſſen [2]. — Dagegen läßt ſich nicht ſagen, daß auch der wahre Grund jenes Satzes von der deutſchen Doktrin allgemein anerkannt worden ſei, da vielmehr in der Regel nur aus kriminalpolitiſchen Rückſichten [3]) abgeleitet wird, was aus Rechtsgründen gerechtfertigt werden ſollte. Der rechtliche Grund iſt aber derſelbe, aus welchem auch die Konſequenzen a und b abgeleitet worden ſind; und bei dieſer Frage wenigſtens hat nun auch bei Zachariä II. §. 255, 256, dieſer Grund ſeine vollſtändige Anerkennung gefunden. Ganz mit Recht ſagt er nämlich: „Gehen wir davon aus, daß zur Strafbarkeit des Verſuches theils eine äuſſere Thätigkeit, theils, und hauptſächlich, der auf Uebertretung des Strafgeſetzes gerichtete böſe Wille erforderlich iſt, ſo muß nothwendig die Strafbarkeit getilgt werden, ſobald das eine oder andre dieſer Requiſite rückwärts annullirt wird. Hinſichtlich der äuſſeren Thätigkeit iſt dies nun freilich unmöglich; was einmal geſchehen iſt, kann nicht ungeſchehen gemacht werden; und ebenſo kann da, wo

---

1) Zachariä II. §. 279—282. Wächter I. §. 86 n. 70. Mittermaier n. 5 zu Feuerbach §. 42.

2) Grolman §. 169. Tittmann Handbuch I. §. 98. Oerſted Grundregeln S. 159 ff.

3) Bauer Abh. I. S. 355—364. Jenull I. S. 134. Kitka a. a. O. S. 192—194. Vgl. mit Mittermaier N. Arch. I. S. 199, 200, der hier eben aus demſelben falſchen Grunde argumentirt, aus welchem er die untauglichen Verſuchshandlungen für ſtraflos erklärt.

der Wille des Menſchen das Ziel erreichte, welches der Zweck ſeiner Thätigkeit war oder dafür angeſehen werden muß, und eine durch den Willen und die daraus hervorgegangene äuſſere Thätigkeit oder deren Folgen als ein in ſich abgeſchloſſenes und vollendetes Ganzes erſcheinende Handlung vorliegt, von einer Annullation des Willens keine Rede ſeyn. Anders iſt es dagegen, wenn der Handelnde mitten auf der betretenen Bahn ſtehen bleibt, und den ſeine bisherigen Schritte leitenden Willen ändert oder aufgiebt; hier wird der vorhanden geweſene Wille rückwärts bedeutungslos [1])". Nur freilich verliert dieſe Argumentation an ihrem Gewicht am Ende einer Ausführung, die bei allen andern Hauptfragen dem objektiven Momente beim Verſuch eine ungebührlich überwiegende Stellung giebt und erſt hier die Wahrheit offen bekennt, daß das Weſen des ſtrafbaren Verſuchs hauptſächlich durch den darin hervortretenden böſen Willen beſtimmt werde. Eben deshalb ſucht denn Z., freilich ohne Noth, noch andre Unterſtützungsgründe für das bereits Bewieſene, z. B. daß der freiwillig vom Verſuch wieder Abſtehende keinen feſten und beharrlichen Willen zeige, — was ſonderbar lautet, wenn vorher geſagt iſt, daß derſelbe ſeinen vorhanden geweſenen Willen durch die Zurücknahme rückwärts annullire, ferner daß kriminalpolitiſche Rückſichten dafür ſprechen, — die denn, wie

1) Mit Unrecht findet hier Bauer a. a. O. eine petitio principii. Er ſagt: Geſchehenes könne nicht ungeſchehen gemacht werden, was auf eine ſcharfſinnige Weiſe Chop a. a. O. S. 533. 534 gegen ihn aufgreift. Daß übrigens Chop irre, wenn er meint, die Vertheidigung der Strafbarkeit untauglicher Verſuchsakte beruhe auf gänzlicher Abſtraktion von der objektiven Seite, daß daher ſeine eben gedachte Argumentation unſre Ausführung nicht trifft, wurde ſchon oben gezeigt.

dies mit allen Zweckmäßigkeitsgründen der Fall iſt, von andern Seiten wieder in Zweifel gezogen werden. — Es genügt aber ganz und gar an dem Einen Grunde, daß das Weſen in dem Verſuche die böſe Abſicht ausmacht, daher die äuſſere Erſcheinung aufhört, auf jenes Weſen hinzuzeigen, ſobald daſſelbe daraus hinweggezogen wird. Eben daraus ergiebt ſich auch, warum nur das freiwillige Abſtehen vom Verſuche die verbrecheriſche Qualität aufhebt, nicht aber auch die Reue nach bereits vollendetem Verbrechen, z. B. freiwillige Zurückgabe der geſtohlenen Sache [1]). Nur im Verſuche hat nämlich die objektive Seite der Handlung dieſe untergeordnete und unſelbſtändige Bedeutung der bloßen, für ſich nichts bedeutenden, nur durch das in ihr hervortretende Weſen beſtimmten Erſcheinung, während im Begriffe der vollendeten Handlung die objektive Seite wieder zu ihrem Rechte ſelbſtändiger Bedeutung kommt, welches durch das bloße Belieben des Subjekts nicht alterirt werden kann. Solang das Subjekt bloß auf dem Wege und in der Arbeit iſt, ſich in die Objektivität hineinzulegen, iſt dieſe das ſchlechthin Beſtimmbare; die Handlung erhält ihre verbrecheriſche Bedeutung allein durch den Willen, der in ihr erſcheint. Sobald dagegen die Subjektivität ſich vollſtändig in die Objektivität gelegt, an dieſe hingegeben hat, ſo hat dieſe nun auch das Recht, als das von ihr Beſtimmte zu gelten, es mag nun den Thäter reuen oder nicht. Eben deshalb wird durch die Zurücknahme der Abſicht auch nur die verbrecheriſche Qualität der Handlung inſoweit aufgehoben, als ſie den Verſuch des beabſichtigten Verbre-

1) Oersted glaubt, Letzteres müſſe aus Erſterem abgeleitet werden und verwirft deshalb die Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Verſuchs.

chens darſtellen würde, während ſie eine ſolche allerdings als vollbrachtes geringeres Delikt behalten kann. Jene Aufhebung iſt aber deshalb nothwendig, weil das Verbrecheriſche im Verſuch nicht die äuſſere Handlung, ſondern lediglich die darin kundgegebene Abſicht, ein beſtimmtes Verbrechen zu realiſiren, ausmacht, eben dieſe Abſicht aber im Vorausgeſetzten Falle hinwegfällt. Auch dies erkennt Zachariä an, indem er (gegen Kleinſchrod) treffend ſagt: „Der Verſuch erſcheint ja offenbar nur in Beziehuug auf die Vollendung oder nur deshalb als ſtrafbar, weil er nach der Abſicht des Thäters die Vollendung im Gefolge haben ſollte, ſo daß alſo dieſer Grund für die Strafbarkeit ganz wegfällt, ſobald der Thäter dieſe Abſicht aufgiebt und noch nichts gethan hat, was als eine Uebertretung des Geſetzes für ſich betrachtet werden könnte.“ Mit Recht entſcheidet ſich derſelbe daher auch dafür [1]), daß auf das Motiv für die unterlaſſene Vollendung nichts ankommen könne, vorausgeſetzt, daß nur die Abſicht als wirklich aufgegeben, — nicht etwa als bloß aufgeſchoben erſcheine, was allerdings eine ſchwierige Beweisfrage im einzelnen Falle ſeyn kann [2]). a. a. O. II. §. 261. 262. Dagegen kann ihm, — wofür aber der volle Beweis erſt unten zu liefern iſt, — nicht beigepflichtet werden, wenn er ſich gegen die Beſchränkung des fraglichen Grundſatzes auf den nichtbeendigten Verſuch erklärt, weil es inkonſequent ſei, wenn man einerſeits das delictum perfectum vom vollendeten Verbrechen unterſcheide und noch zum Ver-

---

1) ſ. auch Bauer Abh. I. S. 358.

2) Anders entſcheidet nach öſtreichiſchem Rechte Kitka a. a. O. S. 199—202. vergl. v. Scari ebend. 1835. I. S. 384—418. beſonders S. 393 ff.

ſuche rechne, andrerſeits aber von ihm einen Grundſatz nicht gelten laſſen wolle, der eben aus der Natur des Verſuchs folge. Nur auf Einen Punkt möge vorläufig aufmerkſam gemacht werden. Zachariä [1]) fügt ſogleich bei, daß „die Reue des Thäters dann nichts fruchten könne, wenn der beendigte Verſuch ſchon die wirkliche und hinreichende Urſache des bezweckten Erfolgs enthalte, möge dann auch der Thäter vor dem wirklichen Eintritte deſſelben ſeinen Willen geändert und Alles Mögliche zur Abwendung des Erfolgs gethan haben [2])". Wenn er nun ferner ſagt: es könne hier noch kommen, daß zwei, moraliſch gleich ſtrafbare, Thäter juriſtiſch ganz verſchieden zu behandeln ſeien, man könne aber einmal dem Einfluſſe des Zufalls im Gebiete des Strafrechts überall nicht entgehen, — ſo ſcheint dieſe Bemerkung nicht gegründet zu ſeyn. Denn offenbar zeigt doch ein Verbrecher, der nur ſoweit geht, daß es ihm noch möglich bleibt, den Erfolg abzuwenden, auch vor dem moraliſchen Forum eine geringere Energie des Böſen als ein Andrer, der dieſe Möglichkeit aus der Hand giebt und ſein Gewiſſen mit der nachhinkenden, unfruchtbaren Reue abfindet. Es iſt nämlich nicht bloß der Zufall, von dem hier der Unterſchied abhängt, ſondern die innere Natur der Handlung, nach welcher ſich die Möglichkeit für den Thäter beſtimmt, auch nachdem er alle ſeinerſeits zur Vollendung nothwendige Thätigkeit geleiſtet hat, gleichwohl die wirkliche Vollendung noch abzuwenden. Iſt die Handlung nun der Art, daß ſie dieſe Möglichkeit nicht zuläßt, ſo ſchneidet ſich der Thäter, der zum beendigten Verſuche vordringt, die Möglich-

---

1) Bauer Anm. zum Hannövr. Entwurf. I. S. 381.

2) Vgl. Luden Abh. I. S. 520.

keit des freiwilligen Abſtehens ſelbſt ab, und giebt ſich wohlwiſſentlich dem Naturgeſetze hin. Begeht aber ein Andrer eine Handlung, welche ihrer Natur nach jene Möglichkeit noch offen läßt, ſo iſt er auch moraliſch weniger zu verdammen, weil er eben ſeine Freiheit noch nicht rückſichtlos preisgegeben hat. Genauer betrachtet, müßte man alſo, wenn man überhaupt von dem vorausgeſetzten Begriff des beendigten Verſuchs ausgeht, ſagen: der Letztere habe erſt dann einen beendigten Verſuch begangen, wenn er zu der ſeinerſeits zur Vollendung poſitiv erforderlichen Thätigkeit auch noch weiter die negative gefügt habe, jener Möglichkeit der Abwendung des Erfolgs nicht Statt zu geben. Erſt dann ſteht er dem erſteren, ſowie demjenigen gleich, der ein ſog. formelles (d. h. nach der gewöhnlichen Anſicht einen beendigten Verſuch überall nicht zulaſſendes) Verbrechen begeht. In Beziehung auf die letztgenannten Verbrechen iſt zwar ſchon gefordert worden, daß hier die thätige Reue (namentlich Abwendung des durch eine Fälſchung beabſichtigten Schadens) noch nach der Vollendung des Verbrechens als Grund der Strafloſigkeit behandelt werden ſolle[1]), und Zachariä billigt dieſe Forderung wenigſtens relativ. Allein dieſe Forderung, wie manche verwandte, zeigt nur, daß die, welche ſie ſtellen, über die innere Natur der verſchiedenen Verbrechen, wornach ſich ihre Vollendung beſtimmt (ſ. unten), keine klaren Begriffe haben. Was z. B. eben die Fälſchung betrifft, ſo hat dieſe ihre weſentliche Natur keineswegs in der etwa mittelbar dadurch beabſichtigten Vermögensbeſchädigung; es iſt daher keineswegs eine bloße Willkühr, wenn das poſitive Recht dieſelbe mit der Anwendung der falſchen

1) Jahrb. von Gönner und Schmidtlein. 1. S. 288. ff.

Sache für konſummirt annimmt. Vielmehr iſt der weſentliche Charakter jenes Verbrechens die ſtets (auch bei der ſog. Privatfälſchung vorhandene) gemeingefährliche Verletzung der fides publica. Wo nun dieſe vollbracht iſt, da verſteht es ſich von ſelbſt, daß es dem Thäter nicht mehr zu Statten kommen kann, wenn er den etwa damit bezweckten Schaden noch abwendet. Er wird dann allerdings von einem mit der Fälſchung konkurrirenden Betrugsverſuche freigeſprochen werden müſſen: aber die Thatſache der vollendeten Verletzung der fides publica kann dadurch begreiflicher Weiſe nicht alterirt werden. — Wie Zachariä ſelbſt anerkennt, findet nun alſo auch bei dem materiellen Verbrechen jenes ſtrafloſe Zurücktreten nie mehr ſtatt, ſobald es dem Thäter nicht mehr möglich iſt, den Eintritt des in der Natur ſeiner Handlung liegenden Erfolgs aufzuhalten. Dies iſt ganz richtig. Eben deshalb muß man aber auch entweder den Begriff des beendigten Verſuchs ſo faſſen, daß er auch das negative Moment enthält: daß der Thäter die etwa noch vorhandene Möglichkeit, den Erfolg abzuwenden, nicht benützt habe. Erſt dann kann man ja mit Recht ſagen, daß er alles ſeinerſeits Erforderliche gethan habe, um das Verbrechen zur Vollendung zu bringen. Hiernach iſt es aber klar, daß, ſo oft die gedachte Möglichkeit noch vorhanden geweſen und wirklich benützt worden iſt, der Verſuch nicht als ein beendigter, ſondern nur als ein noch nicht beendigter gelten darf, der eben erſt dann beendigt worden wäre, wenn der Thäter jene Möglichkeit nicht benützt, ſondern der Sache ihren Lauf gelaſſen hätte, oder aber — da jener Begriff des beendigten Verſuchs identiſch mit dem der Vollendung des Verbrechens wäre, — man muß den Begriff des beendigten Verſuchs überhaupt ganz anders faſſen; und dann wird noch deut-

licher erhellen, daß auf dieſem Punkte ein ſtrafloſes Abſtehen nicht mehr möglich iſt. S. unten. — Eine dritte Frage, die Zacharä aufwirft, iſt endlich die: „Ob die Sinnesänderung in eine äuſſere, dieſelbe beurkundende, dem bisherigen geſetzwidrigen Handeln entgegengeſetzte Thätigkeit übergegangen ſeyn müſſe?“ Dieſe, zuerſt von Bauer geſtellte, Frage wird von beiden genannten Schriftſtellern bejaht. Auch kann man ihnen inſofern beiſtimmen, als in der Regel das Angeführte nothwendig ſeyn wird, um im konkreten Falle den Beweis der zurückgenommenen Abſicht herzuſtellen. Allein ganz mit Unrecht wird die gedachte Frage von Zachariä in dem Sinne genommen, daß ſie mit der andern identiſch ſeyn ſoll: „ob das freiwillige Abſtehen vom Verſuche oder das Gegentheil zu vermuthen ſei?“ Er entſcheidet ſich für das Letztere, während Rossi [1]) der entgegengeſetzten Meinung iſt: in der CCC. dagegen will Zachariä eine Präſumtion für das freiwillige Abſtehen finden II. §. 266. 278. Allein ſeine, etwas verklauſulirten Bemerkungen über das Verhältniß zwiſchen Anſchuldigungsbeweis und Entſchuldigungsbeweis [2]) werden offenbar durch das widerlegt, was er ſelbſt der Anſicht von Rossi entgegenhält; und viel treffender ſind wohl die ſchlichten Worte v. Hufnagels, der die Weglaſſung einer ſolchen Vermuthung aus dem Wirtemb. Strafgeſetzbuch, Art. 73. ſo rechtfertigt: „Allein dies (was Bauer über die Nothwendigkeit einer äuſſern Handlung ſagt) zugegeben, ſo ſcheint doch die geforderte äuſſere Handlung lediglich eine Sache des Beweiſes zu ſeyn. Der Ent-

1) Traité III. S. 4—6.

2) Vergl. auch was namentlich II. S. 262 n. 2 geſagt iſt.

ſchluß zum Abſtehen iſt natürlich ſtets nur eine innere Handlung, aber freilich muß dieſe innere Handlung, dieſer Entſchluß erwieſen werden. Häufig oder in der Regel wird dieſer Beweis nur durch eine der inneren Handlung nachgefolgte äuſſere Handlung geführt werden können. . . Es ergiebt ſich hier dieſelbe Schwierigkeit, welche überall eintritt, wo es ſich von der Erhebung der ſubjektiven Seite einer That handelt. Auch hier kann man aber nicht fragen, wer den Beweis zu führen habe, ob der Angeſchuldigte verbunden ſei, den gefaßten Beſchluß, abzuſtehen, zu beweiſen, oder ob der Richter dem Angeſchuldigten zu beweiſen habe, daß er die Abſicht gehabt habe, in ſeiner verbrecheriſchen Handlung oder Unterlaſſung fortzufahren, und daß er nur durch äuſſere Umſtände hiervon abgehalten worden ſei. Auch hier giebt es weder eine rechtliche Vermuthung für die Schuld, noch für die Unſchuld. Die eine, wie die andere, muß für den Richter erwieſen ſeyn [1]." — Wollte man aber je eine Präſumtion annehmen, ſo müßte man wohl weit eher derjenigen den Vorzug geben, welche Zachariä der P. G. O. unterlegt. Denn, wenn man allerdings die dafür von Rossi vorgebrachten Gründe nicht gelten laſſen kann (er will ſelbſt zwiſchen bloßem Aufſchieben und wirklichem Aufgeben keinen Unterſchied gemacht wiſſen), ſo iſt doch ſoviel gewiß, daß das ſtrafbare Moment im Verſuch eben nur die Abſicht bildet, von welcher man annimmt, daß ſie unmittelbar nach der Vollendung des Verbrechens ſtrebe [2]. Nun muß doch aber, wenn man dieſe Abſicht ſtrafen will, eben dieſe Abſicht als vorhanden und zwar als eben in dem

1) Kommentar I. S. 148.

2) Zachariä II. §. 258. a. E.

Momente, welcher der ſtrafrichterlichen Beurtheilung unterliegt, noch vorhanden gewiß ſeyn[1]. In der Präſumtion Zachariäs läge alſo eine ganz gewöhnliche præsumtio doli, welcher jedenfalls ihr Gegentheil weit vorzuziehen wäre, weil darin wenigſtens die ernſtliche Aufforderung an den Richter läge, mit dem Beweiſe des dolus auch hier genau und gewiſſenhaft zu ſeyn. — Wie in dieſem Punkte, ſo hat das Wirtemb. Strafgb. auch darin das Richtige getroffen, daß es bei einem wirklich beendigten Verſuche ein ſtrafloſes Zurücktreten nicht mehr annimmt.

§. 122.

Der Verſuch bildet einen geringern Schuldgrad, als das vollendete Verbrechen. Denn, wie beim Verſehen (§. 101), ſo decken auch hier ſich die beiden Seiten der Handlung nicht, ſondern das Thatmoment bleibt hinter dem Willensmoment zurück. Obgleich nun auch im entfernten Verſuche die angekündigte volle Abſicht das weſentlich ſtrafbare Moment bildet, ſo drückt ſich gleichwohl in dem Fortſchreiten der Ausführung zugleich eine Steigerung der Intenſität des verbrecheriſchen Willens aus, die ihren Gipfel erſt mit der objektiven Vollendung der That erreicht, ſo daß die bloß beim Verſuche ſtehen gebliebene Handlung zugleich einen minderen Grad der Intenſität des Willens, hiemit der Schuld, anzeigt. Unzweifelhaft iſt nämlich, daß der ſich bethätigende verbrecheriſche Wille unter ſonſt gleichen Verhältniſſen immer eine größere Intenſität offenbart, als der beim bloßen Entſchluſſe ſtehen bleibende. Daraus folgt aber, daß das Fortſchreiten der Ausführung zugleich ein graduelles Wachſen der Intenſität des Willens involvirt. Denn eben erſt mit dem Fortſchreiten der Ausführung, der Wahl

---

1) Vgl. Kitka u. v. Skari a. a. O.

und Anwendung der Mittel der Ueberwindung der Hinderniſſe entwickelt ſich für den Handelnden die Intenſität ſeines Willens und fordert ſtufenweiſe, zwar nicht neue Entſchlüſſe, wohl aber eine immer größere Vertiefung des urſprünglich gefaßten verbrecheriſchen Entſchluſſes, die ſich in der fortſchreitenden Negation der dem Handelnden in der Objektivität entgegentretenden ſittlichen Potenzen offenbart. Dieſe ſich vertiefende Aktualiſirung des verbrecheriſchen Willens iſt aber ein Wachſen ſeiner Schuld, weil der Menſch vermöge ſeiner Freiheit auf jedem Punkte des Verlaufs ſeiner Handlung die Möglichkeit einer entgegengeſetzten Selbſtbeſtimmung behält.

Anm. 1) die Begründung des hier Geſagten iſt von Wirth a. a. O. I. S. 136—139 auf eine ſehr treffende Weiſe gegeben. Er bemerkt zwar, es ſei auch eine Ausnahme von der Regel möglich, nämlich die, daß ein Subjekt in ihm ſchon alle zur Ausführung nothwendigen ſittlichen Negationen geſetzt und überwunden, ja ſogar die heilige Scheu vor der objektiven Subſtanz der Welt zum Voraus in ſich erdrückt habe, ſo daß alsdann die That nichts ſei, als das gleichgiltige Umſetzen des darin ſich gleichbleibenden Innern in das Aeuſſere, (woraus dann folgen würde, daß in einem ſolchen Falle allerdings der Verſuch von der Vollendung graduell nicht mehr zu unterſcheiden wäre, ja nicht einmal der bloße Entſchluß von der That). Allein er fügt ſelbſt bei, daß mit dieſem Fall überhaupt der Uebergang aus dem Gebiete der juriſtiſchen in die moraliſche Zurechnung gemacht werde. Ganz richtig. Die Würdigung eines ſolchen Falls gehört einer tieferen Betrachtungsweiſe an, welche über die einzelne That übergreift und die ganze Subjektivität als eine im Böſen fertig gewordene vor ihr Forum zieht. Eben dies gebührt aber der rechtlichen Imputation nicht, welche ſtets nur die

einem beſtimmten Verbrechen zu Grunde liegende vereinzelte, verbrecheriſche Intention zu würdigen und hiebei von der Regel auszugehen hat. Mit vollem Rechte fährt daher Wirth fort: „Allein als Regel ſteht der obige Satz feſt, ſo ſehr, daß, weil an ſich jedes weitere Stadium in der Ausführung eine tiefere Aktualiſirung des böſen Willens ſelbſt iſt, mit jedem die Schuld wächſt, weswegen die objektive Vernunft jene Stadien ſelbſt ſcheidet in die vorbereitende Handlung, den Verſuch und die Vollendung, welche allein die volle Schuld trägt, weil nur in ihr der beſtimmte Wille ſich als ſolcher abgeſchloſſen und alle die ſittlichen Einheiten überwunden hat, welche auf den vorangehenden Stadien von ihm noch nicht ſchlechthin negirt worden waren.“ — In der That ſind es auch in der Theorie nur vereinzelte Stimmen, welche ſich für die gleiche Strafbarkeit des verſuchten und des vollendeten Verbrechens ausſprechen [1]. Es zeugt dies immer entweder von einem unbefugten Einmiſchen des moraliſchen Geſichtspunkts, von welchem aus freililich ſogar noch weiter gegangen und die gleiche Strafbarkeit des bloßen Entſchluſſes zum Böſen und der ausgeführten böſen Handlung behauptet wird (über die relative Wahrheit und Unwahrheit dieſer Behauptung ſ. Wirth a. a. O. in der Anm. S. 139), oder aber von der Gefangenſchaft in einer relativen Strafrechtstheorie, da die relativen Theorieen allerdings folgerichtig zu jener Gleichſtellung führen müſſen, wie dies Zachariä II. S. 59—61. Anm. 3 richtig anerkennt. Mit Recht

---

1) Cremani I. 1. cap. 5. §. 5. Oerſted Grundregeln, S. 163. 164 wollen wenigſtens den beendigten Verſuch mit der Strafe des vollendeten Verbrechens belegt haben.

wird von dieſem, und beſonders von dem bei ihm angef. franzöſiſchen und italieniſchen Schriftſtellern dieſer Gleichſtellung entgegengehalten, daß ſie ſogar vor dem Forum der Moral nicht Stich halte. Denn offenbar zeigt, wie dies im obigen §. näher dargeſtellt wird, ſelbſt moraliſch betrachtet, die Ausführung des böſen Entſchluſſes noch eine tiefere Intenſität, als der bloße Entſchluß zum Böſen; und folgeweiſe muß auch mit dem Fortſchreiten der Ausführung ein Wachſen der Intenſität des Böſen bedingt ſeyn. Denn immer tritt, auch nach dem überlegteſten Vorſatze, in der Ausführung ein Neues hinzu: die ſittlichen Potenzen, die beim Vorſatz nur im Bewußtſein Exiſtenz halten und überwunden wurden, treten nun erſt objektiv dem Handelnden entgegen, ſie ſtellen ſich ihm in der Geſtalt von Hinderniſſen, Warnungen, Schwierigkeiten entgegen, er muß dieſe nun, eins nach dem andern, beſiegen, Mittel herbeiſchaffen, Kräfte in Bewegung ſetzen, Gewiſſensregungen niederkämpfen u. ſ. f. In dieſem Verlauf entwickelt ſich ihm ſelbſt erſt das beabſichtigte Böſe in ſeiner Ganzheit. Da er nun auf jedem Punkte vermöge ſeiner Freiheit die Möglichkeit einer entgegengeſetzten Selbſtbeſtimmung hat, ſo muß er, zwar nicht in jedem Augenblicke einen neuen Entſchluß faſſen, aber er muß doch ſeinen Entſchluß immer energiſcher zuſammennehmen, immer extenſiver, gegen immer neue Feinde durchkämpfen; eben damit aber aktualiſirt ſich die Intenſität des böſen Willens in jedem Augenblicke mehr, d. h. es wächst die Schuld mit der wachſenden That. Zugegeben iſt allerdings, daß das Wachſen der Schuld durch das Wachſen der That allein nicht bedingt iſt und daß vor dem moraliſchen Forum noch andre Umſtände in Erwägung kommen, welche in die Lücke treten und auch den bloßen Verſuch, ja den bloßen

Entſchluß zum Böſen als ebenſo unſittlich darſtellen können, wie die vollbrachte That. Allein eben dieſe Betrachtung gehört nur vor den Richterſtuhl der Moral, keineswegs vor den des Rechts. Wird alſo behauptet, der Verbrecher zeige im Verſuch den böſen Willen ſchon in ſeiner ganzen Stärke [1], oder: das einzig Strafbare beim Verſuche ſei der böſe Wille, dieſer aber habe keine Grade, ſondern könne nur entweder vorhanden oder nicht vorhanden ſeyn [2], ſo wird die Natur des böſen Willens ſelbſt verkannt. Dies meinen auch die oben Genannten, wenn ſie die — freilich in dieſer Weiſe nicht zutreffende — Entgegnung machen, es werde hiermit eine unſtatthafte Präſumtion aufgeſtellt, daß der Wille des Handelnden bis zur Vollendung fortgedauert haben würde [3]. Die Entgegnung trifft nicht, weil allerdings, worin Luden vollkommen Recht hat, dieſe Präſumtion jeder Beſtrafung des Verſuchs zu Grunde liegen muß, wenn nicht die Verſuchsſtrafe eine bloße, ungerechte Verdachtsſtrafe ſeyn ſoll, genauer aber muß geſagt werden: Jeder Verſuch, bei dem ſich nicht erweiſen läßt, daß der Thäter es freiwillig dabei habe bewenden laſſen, liefert den Beweis der vollſtändig vorhandenen Abſicht, das Verbrechen zu vollenden. Eben deshalb iſt er auch allein ſtrafbar, wie Luden gleichfalls mit Recht behauptet [4] (während Zachariä dies als eine unrichtige Konſequenz darſtellt). Eine ganz andre Frage iſt es nun weiter, ob dieſer Abſicht, ſoweit ſie im Verſuche ausgeſprochen iſt, dieſelbe

1) Treilhard bei Chaveau Theori du Code. X. p. 142.

2) Luden Abh. I. S. 45 ff. 511.

3) Vgl. Zachariä II. S. 56, wo der Gedanke ganz richtig ausgeſprochen iſt.

4). ſ. auch Kleinſchrod Syſtem Entw. I. S. 70.

Intenſität zugeſchrieben werden dürfe, wie einer im vollendeten Verbrechen vollſtändig objektiv durchgeführten Abſicht? Und dieſe Frage muß allerdings, gegen Luden, durchaus verneint werden, aus den ſchon angeführten Gründen. Auch dürfte noch zu erwägen ſeyn, ob es nicht die äuſſerſte Inkonſequenz ſei, wenn man einerſeits keine Gradation des verbrecheriſchen Willens annimmt, und gleichwohl andrerſeits den Verſuch geringer ſtrafen will, als die Vollendung, während man doch von jenem Standpunkt aus gerade dahin kommen muß, wohin auch das römiſche Recht wirklich gekommen iſt, nämlich Verſuch und Vollendung als gleich ſtrafbar zu behandeln? Luden bringt hier freilich den ſog. objektiven Standpunkt des deutſchen Rechts herbei; allein es wird unten ſich ergeben, daß er dieſen auf eine völlig unrichtige Weiſe auffaßt und dabei in die Lehre vom Verſuch Dinge einmiſcht, die gar nicht dahin gehören. — Nach allem dieſem kann denn freilich auch der von Zachariä für die geringere Strafbarkeit des Verſuchs vorgebrachte Rechtsgrund nicht ſtichhaltig gefunden worden. Denn nur auf andre Weiſe, als Luden, argumentirt auch er hier wieder aus dem ſogen. objektiven Standpunkte, von dem er dies Mal wieder, im Widerſpruch mit den beim freiwilligen Abſtehen vom Verſuch aufgeſtellten Principien, ſagt, daß er der überwiegende ſeyn müſſe. Im §. 172 wird von einer Vereinigung des ſubjektiven mit dem objektiven Maßſtabe geſprochen, die darin beſtehen ſoll, daß der Richter ſtets zunächſt das Verhältniß der That zur Auſſenwelt im Auge haben müſſe, und nur folgeweiſe die Beſchaffenheit der Willensbeſtimmung. Inwiefern ſoll nun aber die That berückſichtigt werden? etwa nur als Erkenntnißgrund des Willens, wie es in §. 174 heißt? Das wäre ganz zu billigen; aber das hieße ja

eben, daß der That für ſich keine Bedeutung zukomme, ſondern nur als der Erſcheinung der verbrecheriſchen Subjektivität. Es muß alſo das objektive Element auch hier wieder materieller und roher aufgefaßt, es muß die Meinung ſeyn, daß der äußeren Schädlichkeit oder (vermeintlichen) Gefährlichkeit der That für ſich eine weſentliche Bedeutung zukomme, daß daher der Verſuch aus dem Grunde weniger ſtrafbar ſei, weil er äußerlich weniger ſchädlich oder gefährlich ſei, als das vollendete Verbrechen. Allein es iſt wirklich kaum zu begreifen, wie man ſich bei einer ſolchen Auffaſſung der objektiven Seite am Verbrechen befriedigt finden, wie man namentlich das Maß der Strafbarkeit, das doch nur nach dem Maß der Schuld ſich richten kann, ſich nach ſo äuſſerlichen Momenten beſtimmt denken kann. Eben in dieſer verkehrten Auffaſſung des objektiven Geſichtspunkts ſtimmen Luden und Zachariä letzlich doch wieder zuſammen. Es iſt aber ſchon mehrfach gezeigt worden, daß man ſehr Unrecht thut, dieſe ganz materielle Auffaſſung die germaniſche zu nennen. Sie tritt allerdings in der Kindheit des deutſchen Rechts hervor, iſt aber alsbald verlaſſen worden, nachdem mit Hilfe des kirchlichen und und klaſſiſchen Rechts das auch im deutſchen Rechte im Keime liegende Princip der Subjektivität zum deutlichen Bewußtſein und zur Entwicklung ſeiner Konſequenzen gekommen war. Die Vermittlung beider Standpunkte, des objektiven und des ſubjektiven, kann aber, wie die ganze bisherige Entwicklung zeigt, nicht in einem mechaniſchen Gleichgewicht beider beſtehen, ſondern ſie muß eine organiſche ſeyn. Dazu iſt jedoch weſentlich nöthig, daß die objektive Seite ſich der ſubjektiven unterordne, daß ſie als die bloße, allerdings weſentliche, Erſcheinung der letzteren aufgefaßt werde. Zachariä hat mithin

vollkommen Recht, wenn er die abſolute Wenſentlichkeit des Thatmoments hervorhebt. Aber nur das iſt nicht einzuſehen, wie hieraus die geringere Strafbarkeit des Verſuchs folgen ſoll? Läge dieſe darin, daß die äuſſere Rechtsverletzung, Beſchädigung, im Verſuche nur unvollkommen vorliege, ſo würde hieraus, was Z. ganz vergebens beſtreitet, allerdings vielmehr die gänzliche Strafloſigkeit des Verſuchs als ſolchen folgen. Denn der Verſuch als ſolcher — d. h. abgeſehen von der anderweitigen Beſchädigung, die er etwa mit ſich führt, und die äuſſerlich den Charakter eines geringeren, vollendeten Delikts an ſich trägt, z. B. eine Verwundung beim Verſuch der Tödtung, — iſt eben das äuſſerlich nicht Beſchädigende. Und wollte man ihn gleichwohl ſtrafen, weil er wenigſtens eine Rechtsverletzung drohe, ſo würde man eine bloße Verdachtsſtrafe für gerecht ausgeben. Will man daher die Strafbarkeit des Verſuchs überhaupt rechtfertigen, ſo muß man von der in der unvollkommenen äuſſeren Erſcheinung hervorgetretenen verbrecheriſchen Subjektivität ausgehen [1]). Ebenſo aber, wenn man nun ferner die geringere Strafbarkeit des Verſuchs gegenüber der Vollendung begründen will, muß man wiederum nicht von der äuſſeren Erſcheinung, ſondern von der Subjektivität ausgehen; man muß zeigen, daß und warum im Verſuch eine geringere Intenſität des verbrecheriſchen Willens ſich ausſpreche, wie denn auch Z. dies wenigſtens beiläufig bei Gelegenheit einer Polemik gegen Luden, II. S. 56 a. E. ganz richtig ausſpricht. — Entbehrt aber die aus der Natur des Strafrechts von Z. gegebene Begründung des Satzes der philoſophiſchen Klarheit und

1) Dies wird auch von Wächter I. S. 138 ob. ſehr richtig angedeutet.

Schärfe, ſo iſt es andrerſeits auch unhiſtoriſch, wenn er behauptet, der Grundſatz ſei auch im poſitiven Rechte jederzeit anerkannt worden, und, wo er nicht gegolten habe, da habe die Schuld hiervon nur an geſetzgeberiſcher Willkühr gelegen, welcher ſich dann alsbald eine aus dem natürlichen Gefühle hervorgebrochene allgemeine derogatoriſche Gewohnheit entgegengeſetzt habe. Mit dieſer Bemerkung, die hinſichtlich des neuen franzöſiſchen Rechts ganz gegründet iſt, ſoll namentlich das römiſche Recht getroffen werden. Dabei iſt aber ganz überſehen, daß derſelbe Grundſatz (der gleichen Strafbarkeit des Verſuchs und der Vollendung) in den Geſetzen der römiſchen Republick vor Chriſtus einen weſentlich andern Sinn hat, als in der franzöſiſchen Geſetzgebung am Ende des 18. Jahrhunderts. Dieſe hat mit gedachtem Satze einen Rückſchritt in der Rechtsentwicklung gemacht, wegen deſſen ſie mit Recht von der Doktrin getadelt, und von der Praxis umgangen wird. Ganz anders verhält es ſich aber mit dem öffentlichen Strafrecht in Rom, das, der ganzen politiſchen Weltanſchauung des Alterthums gemäß, den modernen Unterſchied von Moral und Recht nicht kannte, vielmehr in ſich ſelbſt das Organ des ſittlichen Voksbewußtſeins war. Von dieſem Grundgedanken, ohne welchen der ganze römiſche Strafproceß unverſtändlich bleiben muß, geht unter anderen Konſequenzen auch die aus, daß der irgendwie in äuſſerlichen Akten manifeſtirte dolus das Strafbare ſei uud daß auf das Mehr oder Minder der äuſſerlichen Manifeſtation nichts ankomme. Alſo aus dem ſittlichen Grundcharakter des Römiſchen Rechts iſt jener Satz abzuleiten, nicht etwa aus der Willkühr des Corn. Sulla, welcher dem Abſchreckungsprincip gehuldigt habe. Wenn dann ferner unter der Kaiſerregierung jene republikaniſche Strenge

nachließ, wenn, wie die culpa zwiſchen dolus und casus eingeſchoben, ſo auch allmälig (übrigens immer nur ausnahmsweiſe) der Begriff des Verſuchs und ſeiner niederen Strafbarkeit anerkannt wurde, ſo iſt darin keineswegs eine Reaktion des urſprünglichen Rechtsbewußtſeins gegen geſetzgeberiſche Willkühr zu ſehen. Vielmehr ganz im Gegentheil hat dieſe neue Erſcheinung ihren Grund darin, daß mit dem Untergang der alten Staatsverfaſſung, mit der Vernichtung des ſpecifiſchen Römerthums, mit der Ausbreitung des römiſchen Rechts zum Weltrechte, mit der Degradation des römiſchen Bürgers zum Unterthanen eines nicht mehr in ihm, ſondern auſſer und über ihm lebenden Staats das alte Rechtsbewußtſein untergegangen war und ein neues ſich bildete. In dieſem war nun aber weſentlich, daß das Strafrecht einen andern Charakter erhalten, daß es Organ des ſittlichen Volksbewußtſeins zu ſeyn aufhören und — was es auch ſeyn ſoll — Mittel der abſtrakten Rechtsverwirklichung werden mußte; ein Princip, das freilich ſeine konſequente Durchbildung nicht mehr in dem entnervten römiſchen, ſondern erſt im germaniſchen Staate fand.

§. 123.

Folgt nun aber aus dem Weſen des Verſuchs ſeine geringere Strafbarkeit überhaupt, ſo iſt eben damit auch der Satz gerechtfertigt, daß von dem Anfangspunkte ſeiner Strafbarkeit an dieſe bis zum Augenblicke der Vollendung hin ſtetig wachſe. Es laſſen ſich aber in dieſem quantitativen Progreſſe ebenſowenig, als in dem gleichen bei dem Verſehen, qualitative Unterſchiede, und hiemit beſtimmte Grade fixiren. Nur der Endpunkt des Verſuchs läßt ſich angeben wie auch ſein Anfangspunkt beſtimmt bezeichnet werden konnte. Beendigt iſt nämlich der Verſuch, ſobald der Han-

delnde Alle ihm erforderlich ſcheinenden Thätigkeits-Aeuſſerungen vorgenommen hat, die Wirkung aber, welche das vollendete Verbrechen ausmacht, nicht eintritt vermöge einer Natururſache, deren Wirkſamkeit vom Willen des Handelnden unabhängig iſt, ſei es nun, daß er auf dieſelbe rechnete oder daß dieſelbe nur vermittelſt eines Irrthums von ſeiner Seite ſich geltend machen konnte [1].

Anm. — Der Verſuch iſt von ſeinem Anfang an als ein fortwährend wachſendes Verbrechen zu denken, nicht nur inſofern die Thätigkeit extenſiv zu einer größeren oder kleineren Menge einzelner Akte ſich entwickelt, ſondern auch inſofern mit dieſem Wachſen der Extenſität der Handlung auch die Intenſität der Schuld ſchrittweiſe zunimmt. Mit Recht iſt es daher auch ein ſchon von der italieniſchen Jurisprudenz, und ſeit der PGO. auch von der deutſchen Doktrin mit ſeltener Uebereinſtimmung angenommener Satz [2], daß der Verſuch von ſeinem Anfangspunkte an immer verbrecheriſcher und ſomit ſtrafbarer werde, jemehr er der Vollendung ſich nähere. S. Zachariä II. §. 154—162. 206—226. Dieſelbe Anſicht findet ſich auch in allen neueren Geſetzgebungen, die franzöſiſche ausgenommen, durchgeführt. Ebendaſ. §. 167—169. Die Variationen beziehen ſich nur auf die Feſtſetzung des Anfangspunkts, die Fixirung beſtimmter Grade und das Maß der relativen Strafbarkeit. Andern Anſichten folgte allerdings aus dem ſchon angef. Grunde das öffentliche Strafrecht der Römer [3]; auch haben verſchiedene deutſche Partikularrechte bis zum acht-

1) Vergl. Heffter §. 99.

2) Daß dieſer Satz ein weſentlich dem germaniſchen Rechte angehöriger ſei, darüber ſ. Zachariä II. §. 203—205.

3) AM. Zachariä II. §. 186—193. Vergl. Luden Abh. I. S. 267—271.

zehnten Jahrhundert hin, im Widerſpruche mit der durch die PGO. ausgeſprochenen deutſchen Grundanſicht, theilweiſe andere Grundſätze über die Strafbarkeit des Verſuchs aufgeſtellt. Aehnliche Ausnahmen finden ſich ſchon zur Zeit der deutſchen Volksrechte, wo ſie vorzüglich aus dem Einfluß der einſeitig den moraliſchen Standpunkt feſthaltenden Kirche zu erklären ſind [1]), ferner zur Zeit der PGO. in denſelben italieniſchen Statuten, aus welchen im Uebrigen die italieniſchen Praktiker die Regel ſelbſt als eine generalis totius mundi consuetudo abzuleiten pflegen, — und hier iſt wohl der Grund bereits in dem Abſchreckungsprincip zu ſuchen, zu welchem ſich die kräftigen Regierungen der Städte und überhaupt der Territorialſtaaten, verlaſſen von der Centralgewalt, im Bedürfniß einer beſſeren und ſtrengeren Polizei hinneigen mußten [2]). Daſſelbe gilt denn ohne Zweifel auch von den bei Zachariä II. §. 229 ff. angeführten Partikularrechten. Um ſo entſchiedener findet ſich die Regel wieder ausgeſprochen in allen Geſetzgebungen Deutſchlands ſeit der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts. Ebend. II. §. 237—245. Gegenüber dieſer communis opinio hat nun neuerdings Luden Abh. I. S. 49. 510—514 die Behauptung aufgeſtellt, nicht nur, daß die CCC. von Gradationen des Verſuchs je nach ſeiner Annäherung an die Vollendung nichts wiſſe [3]), ſondern es gebe auch in der That nur Einen Grad des Verſuchs d. h. wenn einmal der Anfangspunkt überſchritten ſei, von welchem an die menſchliche Handlung überhaupt als Verſuch in das Gebiet des Strafrechts

1) Zachariä II. S. 132. n. 1—3.

2) Zachariä II. S. 135. n. 3.

3) ſ. hingegen Zachariä II. §. 216. 217.

falle, ſo ſtehen an und für ſich alle Handlungen auf einem gleichen Grade der Strafbarkeit, und es dürfe daher eine größere oder geringere Strafe nicht darnach beſtimmt werden, ob der Handelnde mehr oder weniger Handlungen begangen habe, welche der Vollendung näher oder ferner ſtanden, ſondern lediglich darnach, ob der Verſuch an und für ſich einen größeren oder geringeren rechtsverletzenden Erfolg gehabt habe. — Allein es iſt leicht zu zeigen, daß Luden hier der Karolina das größte Unrecht anthut, indem er ihr irrig die materiellſte und rohſte Auffaſſung des Thatmoments aufbürdet, wie ſie ſelbſt nicht mehr in allen germaniſchen Volksrechten anzutreffen und jedenfalls von der Jurisprudenz ihrer Zeit längſt überwunden geweſen iſt. Um ſo abenteuerlicher erſcheint daher vollends eine Rechtfertigung jenes Satzes aus der Natur der Sache. Nur iſt freilich auch die Polemik nicht zu billigen, welche Zachariä II. §. 173 dagegen vorbringt. Er findet, daß Luden zu einſeitig den ſubjektiven Maßſtab beachte und zu wenig auf die mit dem Fortſchritt der verbrecheriſchen Thätigkeit ſteigende objektive Gefährlichkeit Rückſicht nehme. Wenn Luden hinſichtlich des letzteren Punkts unverdienten Tadel erfährt, ſo iſt es verwunderlich, wenn ihm in Beziehung auf den erſteren eine Rückſicht untergeſchoben wird, wegen deren er gerade gelobt werden müßte. Offenbar beſteht ja aber, wie Zachariä II. §. 217 ſelbſt zugeſteht, der Mangel jener Behauptung vielmehr gerade darin, daß „ſie den objektiven Maßſtab in ſeiner gröbſten Geſtalt berückſichtigt.“ Hätte nämlich L. wirklich die Subjektivität der Verſuchshandlung richtig erwogen, ſo müßte er eingeſehen haben, daß mit dem Fortſchritte der Thätigkeit auch die Intenſität des verbrecheriſchen Willens wächst. Er ſteht aber

im Gegentheil auf dem ganz materiellen Standpunkte des älteſten germaniſchen Rechts, welches den Verſuch zwar für ein geringeres Verbrechen anſieht, als das konſummirte Delikt, aber nur, weil er objektiv weniger ſchädlich oder verletzend iſt, und welches eben daher den Verſuch nicht als die bloße Erſcheinung des böſen Willens, ſondern je nach ſeiner größeren oder geringeren materiellen Schädlichkeit auf die Skala der relativen Strafbarkeit bringt, mithin ihn nach einem, nicht aus ſeinem Weſen fließenden, ſondern äuſſerlich herangebrachten Maßſtabe mißt. Die Behauptuug, daß der dolus keine Grade habe, daß er, wo er überhaupt vorhanden ſei, die gleiche Strafbarkeit bedinge, enthält nur ſcheinbar eine Würdigung der ſubjektiven Seite. Denn, wäre es ernſtlich damit gemeint, ſo müßte L., wie Zachariä gleichfalls richtig bemerkt, folgerichtig auf den Standpnnkt des römiſchen Rechts kommen und allen Unterſchied zwiſchen Verſuch und Vollendung überhaupt verwerfen. Da er aber hievon gerade das Gegentheil thut, ſo erhellt, daß er gerade das ſubjektive Weſen des Verſuchs in deſſen objektiver Geſtalt erſtarren läßt, indem er die dem Weſen des freien menſchlichen Geiſtes ſchlechthin widerſprechende Meinung hat, als ob der Menſch wie eine Natururſache wirke, die, einmal angeſtoßen, nothwendig zu ihrem Ziele kommen muß. Dies liegt nämlich zu Grunde, wenn das Wachſen der Schuld im Verlaufe der Thätigkeit geläugnet und eben damit folgerichtig die Möglichkeit einer entgegengeſetzten Selbſtbeſtimmung beſtritten wird. Offenbar heißt dies aber nicht, die ſubjektive Seite vorzüglich würdigen, ſondern vielmehr: ihr Recht verkennen und ſie ſchlechthin durch die objektive Erſcheinung beſtimmt ſeyn laſſen.

Eine andere Frage iſt nun, ob ſich beſtimmte Grade

des Verſuchs fixiren laſſen? Dieſe iſt zu verneinen. In der That hat ſich auch die Unmöglichkeit, innerhalb eines rein quantitativen Progreſſes qualitative Unterſchiede aufzufinden, dadurch an den Tag gelegt, daß die Doktrin ſich über beſtimmte Grade im Einzelnen niemals verſtändigen konnte. In den Quellen des poſitiven Rechts fand ſie keinen Halt dafür, da das römiſche Recht den Fortſchritt der äuſſeren Thätigkeit überall als gleichgiltig behandelt [1]), die PGO. aber bloß Verſuch und Vollendung unterſcheidet, auch die relative Strafbarkeit des erſteren ausſpricht, ohne jedoch dieſelbe irgendwie auf Gradunterſchiede zu bringen. Ebenſowenig wiſſen etwas hievon die Gloſſatoren und die älteſten italieniſchen Kriminaliſten. Die Erfindung der Verſuchsgrade hatte zunächſt einen beſondern, der Sache ſelbſt äuſſerlichen Zweck, nämlich den: die ſtrenge Regel des römiſchen Rechts über die gleiche Strafbarkeit des Verſuchs und der Vollendung im Sinne der germaniſchen generalis consuetudo zu beſchränken, indem man für die Anwendung jener Regel wenigſtens einen actus proximus forderte (ſo Angelus Aretinus). Allerdings findet ſich dann ſchon bei Baldus die ganze Reihe von actus remotus, propinquus, proximus. Allein ſchon damals konnte man ſich über den Umfang dieſer Stadien ſowenig vereinigen, daß vielmehr ſogar der eine conatus proximus eben da findet, wo der andre nur von conatus remotus ſpricht. Zachariä II. §. 154—157. 206—211. Liegt mithin in den Ausführungen der italieniſchen Jurisprudenz der ganz richtige Satz, daß die Strafe im

---

1) Gegen unhaltbare Behauptungen von Cropp vergl. Zachariä II. §. 152. ſ. Wächter I. S. 138—140. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 43.

Verhältniß zu der fortgeſchrittenen verbrecheriſchen Thätigkeit ſteigen müſſe, ſo iſt es ihr gleichwohl nicht gelungen, für dieſes Steigen beſtimmte Stadien zur allgemeinen Anerkennung zu bringen. Ebenſowenig aber hat dies die deutſche Doktrin ſeit der PGO. vermocht. Zwar unterſcheidet ſchon Karpzow conatus proximus und remotus in der Weiſe, daß es zum erſteren nicht genüge, quod actus sit simpliciter propinquus delicto; sed proximus esse debet ipsi consummationi et perfectioni delicti, ita ut sit ultimus actus, qui a delinquente agendus est ad criminis perfectionem. Und auch nach ihm wurde der Unterſchied im Allgemeinen dahin angegeben, daß unter conatus remotus bloße Vorbereitungshandlungen, unter conatus proximus dagegen die facta, quae ad criminis perfectionem pertingunt, zu verſtehen ſeien. Wie wenig Beſtimmtes damit feſtgeſetzt war, erkennen aber auch die neuſten Schriftſteller über den Verſuch an, — ſ. Zachariä II. §. 159. 160. Ja gerade die neuſte Bewegung in der Doktrin, welche den Zweck hatte, den Anfangspunkt für die Strafbarkeit des Verſuchs weiter vorwärts zu rücken und mit der franzöſiſchen Formel des commencement d'exécution Alles leiſten zu können glaubte, hat auf's Neue gezeigt, wie ſchwer, ja unmöglich es iſt, zwiſchen entferntem und nahem Verſuch eine beſtimmte Grenze zu ziehen. Bemerkt man doch, daß ſie die Anſchaffung eines zur Ausführung nothwendigen Mittels bald zur Vorbereitung, bald zur Ausführung ſelbſt gezählt wiſſen will [1]), daß ſie Handlungen behufs der Verſetzung in den zur Verübung des Verbrechens erforderlichen phyſiſchen Zuſtand bald noch als

1) Bauer Anm. zum hannöv. Entw. I. S. 375. II. S. 107. Abh. I. S. 319. 320.

entfernten Verſuch gelten läßt, bald darin ſchon einen Anfang der Ausführung ſieht [1]. Wenn aber Zachariä darin bloße Inkonſequenzen findet, und ſeinerſeits (I. §. 106—108) die Sache dahin entſcheidet: Anfang der Ausführung ſei vorhanden, wenn mit einer Handlung begonnen worden ſei, welche als wirklicher Beſtandtheil der im Geſetze bedrohten That betrachtet werden könne, wenn alſo mit der Geſetzesübertretung ſelbſt ſchon der Anfang gemacht worden ſei, ſo iſt dies theils nichtsſagend, weil es ganz willkührlich iſt, zu behaupten, daß mit den Vorbereitungshandlungen ein ſolcher Anfang noch nicht gemacht werde; theils offenbart ſich die Inkonſequenz und Haltloſigkeit der ganzen Anſicht ſogleich dadurch, daß auf derſelben Seite auch wieder geſagt wird: Handlungen, die im Allgemeinen nur als vorbereitende erſcheinen, können doch wegen der eigenthümlichen Beſchaffenheit des Verbrechens den Charakter von Handlungen der Ausführung erhalten, — womit ja ganz offenkundig zugeſtanden iſt, daß eben die unendliche Verſchiedenheit der Handlungen keinen beſtimmten Maßſtab für den Unterſchied zwiſchen bloßer Vorbereitung und Anfang der Ausführung zulaſſe. In der That giebt dies auch Zachariä II. §. 166 ſelbſt unumwunden zu, freilich ohne zu erwägen, daß er damit das Fundament ſeiner ganzen künſtlichen Ausführung über die Strafloſigkeit der Vorbereitungshandlungen umwirft. Schon Böhmer [2]) hat dies richtig angedeutet, indem er zwar auch den hergebrachten ſchwankenden Unterſchied zwiſchen conatus remotus und proximus aufnimmt, dabei aber

1) Bauer a. a. O. I. S. 377. II. S. 106. Mittermaier N. Arch. II. S. 607. Kitka in Wagners Zeitſchr. 1832. I. S. 180 ff.
2) Meditt. in CCC. art. 178. §. 5.

hinzuſetzt, es gebe in beiden Klaſſen wieder Grade: quorum alii sunt remotissimi, alii propiores, alii subinde extremam lineam constituunt, in quibus rite distinguendis sollicitudo judicis versatur. Ebenſo ſagt nun auch Zachariä richtig: Zwar könne der Verſuch, wo nur überhaupt ſein Begriff Anwendung finde, ein näherer oder entfernterer ſeyn; dagegen ſei die gewöhnliche Unterſcheidung zwiſchen conatus proximus und remotus theils an ſich unrichtig und unvollſtändig, weil zwiſchen beiden [unendlich viele] nicht dadurch getroffene Stufen in der Mitte liegen, theils ſei der Ausdruck nächſter Verſuch, wenn man eine Reihe möglicher Stufen darunter begreifen wolle, widerſprechend. Der wahre Fortſchritt in dieſer Lehre ward dadurch gemacht, daß Klein [1]) den ſchon von Böhmer angedeuteten Begriff des beendigten Verſuchs näher fixirte. Denn eben nur der Endpunkt, ſowie der Anfangspunkt des Verſuchs läßt eine genaue, qualitative Beſtimmung zu, während die dazwiſchen liegende Stufenreihe einen unendlichen quantitativen Progreß bildet, wie es denn bei Chaveau et Héllie Faustin Théorie du Code pénal ganz richtig heißt. Entre ces deux termes de l'entreprise criminelle on peut marquer différents degrès. Mais le législateur ne doit indiquer, que les degrès qu'il peut constater avec certitude et précision; les deux degrès les plus distincts sont la tentative et le délit manqué. Zwar war es ungeſchickt, daß Klein den beendigten Verſuch unter der Bezeichnung des: delictum perfectum mit dem vollendeten Verbrechen koordinirte und dem Verſuche gegenüberſtellte. Allein dieſer Formfehler war leicht zu

---

2) Grundſätze des peinlichen Rechts. §. 145. Vergl. Feuerbach §. 43. Weber N. Arch. IV. S. 24—55. Roßhirt Lehrb. §. 44.

verbeſſern und dafür in der Sache ſelbſt bedeutend gewonnen, wenn es auch gleich noch lange anſtand und großentheils noch heute anſteht, bis man ſich mit der einfachen Beſtimmung des Anfangspunkts und des Endpunkts begnügte, resp. begnügen wird. Bauer [1]) und Zachariä [2]) haben ſehr Recht, wenn ſie die alten Unterſcheidungen wegwerfen, und an deren Stelle die in beendigten und nicht beendigten Verſuch ſetzen, wie ſich dies auch im Wirtemb. Strafgb. findet. Art. 64. 65 [3]). Nur iſt es wieder eine andre Frage, ob der Begriff des beendigten Verſuchs da, wo er in der Doktrin und Geſetzgebung durchgedrungen iſt, auch in ſeinem ganzen Gehalte anerkannt worden ſei? Dieſe Frage iſt nun z. B. hinſichtlich der Ausführung von Zachariä §. 163 ff. [4]) zu verneinen, ſofern dieſer ſogleich mit einem Tadel gegen Klein und zwar deshalb beginnt, weil derſelbe dieſen Begriff als einen bei allen Verbrechen anwendbaren aufſtelle, während er doch auf die ſogen. materiellen Verbrechen beſchränkt werden müſſe [5]). Zu dieſer Beſchränkung wird nämlich Zachariä durch ſeine falſche Anſicht über die untauglichen Verſuchshandlungen genöthigt, was er ſelbſt nicht läugnet. Er wirft die Frage auf, ob nicht diejenigen, welche in ſolchen Handlungen überhaupt verbrecheriſche Ver-

1) Lehrb. §. 61. 62. Abh. I. S. 331 ff.

2) Verſuch II. §. 166. AM. Mittermaier N. Arch. IV. S. 3. Vergl. Rossi III. S. 7—12.

3) Vergl. Bad. Entw. Art. 99. ſ. dagegen Anm. zum Bair. GB. I. S. 179.

4) Vergl. Weber im N. Arch. IV. S. 38. 39. Bauer Abh. I. S. 331. 332. Cucumus N. Arch. X. S. 205—215.

5) Martin §. 49. n. 2 erkennt bei den formellen Verbrechen ſogar überhaupt keinen Verſuch an.

ſuchsakte erblicken, ſie unter die Kategorie des beendigten Verſuchs ſtellen und hiemit dieſe Kategorie zu einer allgemeinen, auch für die formellen Verbrechen paſſenden machen müßten? Er verneint jedoch dieſe Frage, und führt als Grund für dieſe Verneinung an: daß unter dieſer Vorausſetzung Alles von der ſubjektiven Meinung des Thäters abhängig gemacht und keine Rückſicht auf die objektive Beſchaffenheit der Handlung genommen werde. Beendigter Verſuch ſei vorhanden, wenn der Thäter Alles zur Hervorbringung des Verbrechens ſeinerſeits Nöthige gethan habe, gleichwohl aber — durch einen Zufall — der zur Vollendung gehörige Erfolg ausgeblieben ſei. Hievon ſei nun aber der Fall ſehr verſchieden, wenn der Thäter ſich eines untauglichen Mittels bedient oder ſeine Handlung gegen ein untaugliches Objekt gerichtet habe; denn hier könne man offenbar nicht ſagen, daß der Thäter alles ſeinerſeits Nothwendige geleiſtet habe, da er ja dann gerade ein taugliches Mittel hätte wählen oder ſeine Thätigkeit gegen ein taugliches Objekt richten müſſen. Man dürfe daher in dieſem Falle nicht einſeitig auf den Fortſchritt der Thätigkeit des Handelnden Gewicht legen, ſondern müſſe auch den objektiven Gehalt dieſer Thätigkeit berückſichtigen. Daraus ergebe ſich dann, daß in derlei Fällen nur ein nicht beendigter Verſuch anzunehmen ſei [1]). — Allein mittelſt dieſer Behauptungen kommt Zachariä mit ſich ſelbſt in mannigfachen Widerſpruch. Zunächſt ſtellt er ſelbſt ſogleich in Beziehung auf die Anſtiftung den beendigten Verſuch als eine allgemeine, auch auf die formellen Verbrechen anwendbare, Kategorie auf.

---

1) Vergl. damit die Ausführung von Bauer Abh. I. S. 333, der das Gegentheil behauptet.

Sodann macht er aus der einſeitigen Berückſichtigung des Fortſchritts der Thätigkeit hier einen Vorwurf, während er ſelbſt I. §. 15—19 auf dieſes Moment ſeinen ganzen Verſuchsbegriff ſtützt. Allein, auch abgeſehen hievon, vermag er die von ihm ſelbſt approbirten beendigten Verſuchsakte nicht gegen die Vorwürfe zu ſchützen, die er der andern Anſicht macht. Denn, wer bloß ein unzulängliches Mittel braucht oder ſeine Handlung gegen einen nur in concreto untauglichen Gegenſtand richtet, kann gleichfalls nicht für einen ſolchen gelten, welcher Alles ſeinerſeits Erforderliche geleiſtet habe; denn vielmehr hätte er hiezu ein zulängliches Mittel, einen auch in concreto tauglichen Gegenſtand wählen müſſen. Noch ganz beſonders nimmt Z. auch dann einen beendigten Verſuch an, wenn zur Bewirkung des Erfolgs noch die Handlung eines Andern, entweder des Verletzten oder eines Dritten, hinzukommen mußte (z. B. die vergiftete Speiſe iſt zwar dem zu Vergiftenden vorgeſetzt, muß aber erſt noch von dieſem genoſſen werden). Bleibt nun dieſe Handlung aus, ſo liegt offenbar wieder der Fall vor, daß der Thäter im Mittel oder Gegenſtand ſich vergriffen hat, daß jedenfalls ſeine Thätigkeit objektiv unzulänglich war. Man kann hier eben wieder nicht ſagen, daß der Thäter alles ſeinerſeits Erforderliche geleiſtet habe. Da nun aber das Stehenbleiben einer Handlung beim bloß beendigten Verſuche überhaupt nur daher rühren kann, daß die Thätigkeit im konkreten Fall — wenn auch Mittel und Objekt abſtrakt tauglich waren, — ſich als irgendwie unzulänglich erwies, da im Gegentheil der Erfolg und ſomit die Vollendung hätte eintreten müſſen, ſo führt die Argumentation Zachariä's offenbar auf das Gegentheil deſſen, was er beweiſen will, nämlich auf die Verwerfung des Begriffs des

beendigten Verſuchs überhaupt. Soll daher dieſer überall Realität haben, ſo muß er wohl einen andern Inhalt haben, als der ihm von Z. gegeben iſt. In der That iſt auch von ſcharfſinnigen Praktikern (z. B. v. Hufnagel [1]) die Unhaltbarkeit des letzteren ganz richtig aufgedeckt worden. Es wird alſo vielmehr der Begriff des beendigten Verſuchs eben nur auf den Fortſchritt der Thätigkeit gebaut werden müſſen, welchen Zachariä dem Begriff des Verſuchs überhaupt zur Grundlage giebt. Die Einwendung, daß hiemit zuviel Gewicht auf die ſubjektive Meinung des Thäters gelegt und die objektive Beſchaffenheit der Handlung zu wenig berückſichtigt werde, iſt ſchlechthin zurückzuweiſen, nachdem aus allem Bisherigen wohl zur Genüge erhellt, daß eben das Weſen des Verſuchs im Uebergreifen der ſubjektiven Seite über die objektive beſteht, wovon es nur eine einfache Konſequenz iſt, daß hier die charakteriſtiſchen Beſtimmungen aus der erſteren, nicht aus der letzteren kommen müſſen. Ueberdies iſt ſchon oben näher gezeigt worden, daß derſelbe Einwurf auch den Verſuch mit tauglichen Mitteln und an tauglichen Objekten treffen würde, da auch dieſer niemals in dem Sinne beendigt werden kann, daß ſich mit Recht ſagen ließe, der Thäter habe alles ſeinerſeits zur Hervorbringung des Verbrechens Erforderliche wirklich geleiſtet. Man muß alſo auch hier vielmehr den Ausdruck brauchen: beendigter Verſuch ſei vorhanden, wenn der Thäter Alles gethan habe, was ihm ſeinerſeits zur Hervorbringung des Verbrechens weſentlich erſchien, gleichwohl aber die wirkliche Exiſtenz des Verbrechens nicht zu Stande kam, weil ein vom Thäter entweder

3) Kommentar I. S. 130, welche Ausführung von Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 43 mißverſtanden zu ſeyn ſcheint.

nicht berechneter, oder nicht zu lenkender oder ihm zum Voraus durch Irrthum verborgen gebliebener Naturkauſalismus wirkſam war [1]. So genommen, paßt nun die Kategorie des beendigten Verſuchs eben ſowohl auf die ſog. formellen, als auf die materiellen Verbrechen. Allerdings kann bei den erſteren nur dann von einem beendigten Verſuche die Rede ſeyn, wenn Mittel oder Objekt untauglich waren, während bei letzteren auch die Anwendung an ſich tauglicher Mittel auf an ſich taugliche Objekte bloß beim beendigten Verſuch ſtehen bleiben kann. Vielleicht möchte man hierin einen bedeutenden Unterſchied finden und es als Eigenthümlichkeit der formellen Verbrechen anſehen, daß bei ihnen, ſobald nur Mittel und Objekt tauglich ſeien, anſtatt des beendigten Verſuchs ſtets ſogleich die Vollendung ſelbſt eintrete, wie ja dies die gewöhnliche Anſicht von ihnen behauptet. Allein dieſer Unterſchied iſt ein bloß ſcheinbarer und ſehr oberflächlicher. Daſſelbe muß nämlich auch von den materiellen Verbrechen geſagt werden, da auch bei dieſen der Verbrecher erſt dann alles ſeinerſeits Erforderliche gethan hat, wenn er ſeine Thätigkeit ſo einrichtete, daß ſie die den Eintritt des Erfolgs bedingende Naturkauſalität nothwendig hervorrufen mußte. Auch bei dieſen alſo kann man von einem beendigten Verſuche im Unterſchiede von der Vollendung ſelbſt nur dann ſprechen, wenn der Verbrecher noch nicht alles ſeinerſeits wirklich Erforderliche, wohl aber Alles, was ihm erforderlich ſchien, geleiſtet hat. Sie kommen mithin in dieſem das Weſen des beendigten Verſuchs konſtituirenden Momente

---

1) Dies verkennt auch Weber N. Arch. IV. S. 34—37, obgleich er ſich über die Natur des Zufalls und des endlichen Kauſalismus im Allgemeinen richtig ausſpricht. ſ. auch Wächter I. S. 142 ob.

ganz mit den formellen überein, und es iſt keineswegs nöthig, die ſchon in ſich ſonderbare Behauptung aufzuſtellen, daß es zwar bei allen Verbrechen einen beſtimmten Anfang des Verſuchs gebe, eine Beendigung deſſelben aber nur bei einigen vorkomme, daher man denn bei den formellen Verbrechen auch nicht von einem nicht beendigten Verſuche reden könne. (Hinſichtlich der Anſtiftung indeſſen wird gleichwohl von Zachariä auch bei formellen Verbrechen ein nicht beendigter Verſuch zugeſtanden.) Vielmehr gilt es für alle Verbrechen, daß der Verſuch an einem beſtimmten Punkte beginnt, und daß er an einem beſtimmten Punkte aufhört. Eine Handlung bleibt nämlich ſolange Verſuch, als der Thäter noch nicht alle Urſachen angeregt hat, welche den Eintritt der wirklichen Exiſtenz des Verbrechens bedingen. Hat er dies gethan, ſo liegt nicht mehr Verſuch vor, ſondern das Verbrechen wird vollendet. Die letzte Grenze für den Verſuchsbegriff kann alſo nur da geſetzt werden, wo der Thäter zwar noch nicht alles Erforderliche geleiſtet hat, aber in dem Glauben ſteht, es geleiſtet zu haben, wenn das Verbrechen für ihn, für ſeine Subjektivität, aber noch nicht objektiv vollendet iſt.

Aus dem bisher Angeführten geht nun auch näher hervor, warum die Ausführung Zachariäs, daß auch von einem beendigten Verſuche noch ſtraflos abgeſtanden werden könne, jedenfalls mißglücken mußte [1]. Einmal nämlich, — und darauf wurde ſchon oben (zu §. 121) aufmerkſam gemacht, — geht er dabei von einem Begriff des beendigten Verſuchs aus, der weſentlich mit dem des vollendeten Verbrechens zuſammenfällt und wird dadurch zu den widerſprechendſten und auffallendſten Be-

1) Vergl. Rossi III. S. 7.

hauptungen genöthigt, z. B. daß bei formellen Verbrechen kein beendigter Verſuch möglich ſei, daß es aber gleichwohl wünſchenswerth wäre, wenn die Geſetze theilweiſe bei ihnen auch die Reue nach vollbrachter That berückſichtigen wollten, ferner daß bei materiellen Verbrechen das eine Mal ein ſtrafloſes Aufgeben des beendigten Verſuchs noch möglich ſeyn ſoll, das andre Mal nicht. Konſequenter Weiſe hätte er aber von ſeinem Begriffe des beendigten Verſuchs aus geradezu dieſe Möglichkeit überhaupt läugnen müſſen. Sodann aber wäre eben dies auch dann nothwendig geweſen, wenn er von dem wahren Begriffe des beendigten Verſuchs ausgegangen wäre. Denn der beendigte Verſuch iſt, wie gezeigt, für den Thäter und ſein ſubjektives Bewußtſein das vollendete Verbrechen ſelbſt; er glaubt in dieſem Augenblicke alle den Eintritt der verbrecheriſchen Wirkung bedingenden Natururſachen angeregt zu haben. Für ihn iſt daher auch kein freiwilliges Abſtehen von einem bloßen Verſuche mehr denkbar. Denn eben die Grenze des Verſuchs iſt er ſich ja bewußt, hinter ſich zu haben. Offenbar kann es aber bei der ganzen Frage über das freiwillige Abſtehen vom Verſuche vornämlich nur auf die Subjektivität des Thäters ankommen, nur darauf, in welchem Stadium er zu ſtehen glaubt. Wenn er nun glaubt, ſeine böſe Abſicht ſchon vollſtändig an die Auſſenwelt entäuſſert zu haben, ſo liegt ja für ihn kein Verſuch mehr vor, den er abbrechen könnte, ſondern das freiwillige Zurücktreten wäre für ihn eine zu ſpät kommende Reue. — Man könnte etwa einwenden wollen, nach dieſem Principe müßte man auch dann nach der Meinung des Thäters ſich richten, wenn dieſer etwa bereits ein Delikt vollendet hätte, aber noch bei einem bloßen Verſuche zu ſtehen meinte, z. B. bei einem

mittelſt Fälſchung verſuchten Betruge, wo der Thäter die bereits vollbrachte Fälſchung als bloßen Verſuch des Betrugs auffaſſen könnte. Allein es iſt leicht zu bemerken, daß dieſe Einwendung ſchief wäre, weil in dem vorausgeſetzten Fall ein nicht zu beachtender Rechtsirrthum vorhanden wäre, während dem wahren Falle des beendigten Verſuchs ſtets ein faktiſcher Irrthum zu Grund liegt, nämlich der irrige Glaube, daß der Thäter alles zur Hervorbringung des Verbrechens Erforderliche geleiſtet habe, während es ſich objektiv anders verhält. Was aber insbeſondere die ſchon oben (§. 121) ausgehobene Bemerkung von Zachariä betrifft, daß zwei moraliſch gleiche Fälle juriſtiſch ungleiche Behandlung erfahren und daß wir uns hierüber mit dem auch ſonſt ſtattfindenden Einfluſſe des Zufalls tröſten müſſen, ſo wird nun klar ſeyn, warum dieſe Bemerkung auch von dem richtigen Begriffe des beendigten Verſuchs aus ſchief iſt. Ohne Zweifel nämlich wird man in einem Falle, wo der Thäter noch die Möglichkeit in der Hand hat, den wirklichen Eintritt des Erfolgs abzuwenden, und dieſe Möglichkeit benützt, gar nicht ſagen können, daß er einen bereits beendigten Verſuch wieder aufgegeben habe. Vielmehr wird hier der Verſuch erſt dann ein beendigter, wenn der Thäter jene Möglichkeit nicht benützt; denn erſt dann kann er glauben, alles ſeinerſeits Erforderliche geleiſtet zu haben, während dieſes Bewußtſein unmöglich iſt, ſolang der Thäter weiß, daß er den Erfolg noch abwenden könne.

Das Reſultat wäre alſo dies: Bei allen Verbrechen läßt ſich ein beſtimmter Anfangspunkt des ſtrafbaren Verſuchs fixiren. Von dieſem Momente an wächst mit dem Fortſchritt der Thätigkeit die Intenſität der Schuld ſtetig fort bis zu dem Momente, wo die Abſicht voll-

ſtändig in die Objektivität umſchlägt, d. h. das Verbrechen ſeine Vollendung erhält. In dieſem quantitativen Progreſſe laſſen ſich jedoch keine qualitativen Unterſchiede, d. h. Grade fixiren. Wohl aber läßt ſich der Punkt aufzeigen, wo die fortſchreitende Handlung jedenfalls die Grenze des Verſuchsgebiets erreicht. Dieſer Punkt liegt dann vor, wenn der Thäter mit ſeiner Thätigkeit zu Ende zu ſeyn glaubt. Entweder iſt dieſer Glaube objektiv gegründet, — dies iſt der Fall, wenn der Thäter in concreto taugliche Mittel gegen ein in concreto taugliches Objekt angewandt hat, — dann ſchlägt die Handlung unmittelbar in die Vollendung, in die poſitive Exiſtenz des Verbrechens um. Oder jener Glaube beruht auf einem Irrthum, — dies iſt der Fall, wenn der Thäter die äuſſeren Umſtände oder den darin wirkſamen Naturkauſalismus nicht richtig berechnet oder geleitet hat, ſo daß nun gegen ſeine Erwartung und ſeinen Willen die beabſichtigte Wirkung ausbleibt, — dann liegt ein beendigter Verſuch vor. In dieſem Falle nun iſt ſo wenig mehr ein freiwilliges Zurücktreten möglich, als nach vollendetem Verbrechen, weil in demſelben das Verbrechen wenigſtens ſubjektiv, für den Handelnden bereits vollendet iſt. Dieſe Grenze des Verſuchs iſt aber eine allgemeine, bei allen Verbrechen mögliche, und man hat daher kein Recht, in dieſer Beziehung formelle und materielle Delikte zu unterſcheiden; vielmehr muß die Eintheilung des Verſuchs in beendigten und nicht beendigten als eine durchgreifende betrachtet werden. Letztres erkennt auch z. B. das Wirtemb. Strafgb. an, obgleich es allerdings den beendigten Verſuch (Art. 64) unrichtiger Weiſe zu eng und ſo definirt, als bezöge ſich dieſer Begriff nur auf die Klaſſe der ſogen. materiellen Verbrechen. Denn im Art. 72 iſt dieſer Mangel wieder verbeſſert. Indeſſen

iſt hier auch inſofern der Begriff des beendigten Verſuchs falſch angegeben, als mit Zachariä gefordert wird, daß der Thäter Alles gethan habe, was von ſeiner Seite zur Vollendung nöthig geweſen ſei. Dagegen iſt aber Hufnagel Kommentar I. S. 130—132 zu vergleichen. — Eine andre Frage iſt nun übrigens wieder die, ob bei der Beſtrafung der Verſuchshandlungen immer der gleiche Maßſtab zu Grund zu legen, ob alſo der Fortſchritt der äuſſern Thätigkeit das einzige Moment zur Meſſung der Schuld ſei?

§. 124.

Wenn nun aber zwiſchen dem Anfangs- und Endpunkte die verbrecheriſche Qualität des Verſuchs mit dem Fortſchritte der äuſſeren Thätigkeit ſich ſteigert, weil dieſer Fortſchritt ein Wachſen der Intenſität der Schuld mit ſich bringt, ſo kann für dieſe Steigerung doch nicht in allen Fällen der gleiche Maßſtab beſtehen. Vielmehr macht die objektive Beſchaffenheit der Handlung, zwar nicht für ſich, ſondern eben nur, wie immer beim Verſuche, als Erſcheinung der darin manifeſtirten verbrecheriſchen Subjektivität, noch in einem weiteren Unterſchiede ſich geltend. Dieſer Unterſchied liegt nicht etwa darin, daß eine Verſuchshandlung um ſo verbrecheriſcher iſt, je mehr ſie ſchon objektiv rechtsverletzend geworden iſt. Denn ſo wahr dies iſt, ſo wenig gehört es zum Weſen des Verſuchs als ſolchen, das nie von der äuſſerlichen Seite der Handlung für ſich her Beſtimmungen annehmen kann. Entweder lag einer ſolchen Rechtsverletzung eine von der Hauptabſicht unterſcheidbare eigenthümliche Abſicht zu Grunde (es ſollte das wirklich exiſtent gewordene Verbrechen nur als Mittel für die Begehung eines weiteren dienen); — dann liegt nur eine Konkurrenz des Verſuchs mit einem andern Verbrechen vor. Oder die exiſtent gewordene Rechtsverletzung bildet nur einen weſentlichen Theil vom Thatbeſtande des allein beabſichtigten Verbrechens;

dann fällt die größere verbrecheriſche Qualität eines ſolchen Verſuchs unter das obige Geſetz von der Steigerung der Schuld, die im Fortſchritte der Handlung liegt. — Dagegen liegt nun der gedachte Unterſchied darin, daß eine objektiv ſchlechthin untaugliche Verſuchshandlung ſtets für minder ſtrafbar gehalten werden muß, als eine an ſich objektiv taugliche. So wenig es wahr iſt, daß eine Handlung der erſteren Art überall nicht verbrecheriſch ſei, ſo gewiß iſt doch, daß eine Handlung, welche in ſich ſelbſt die Unmöglichkeit der Vollendung trägt, von geringerer verbrecheriſcher Qualität iſt, als eine ſolche, welche dieſen Mangel nicht hat. Obgleich nämlich auch eine an ſich taugliche Verſuchshandlung ſich im konkreten Falle als eine unzulängliche darſtellt, ſofern der Thäter in den äuſſeren Kauſalismus auf eine irgendwie ungeſchickte Weiſe eingegriffen hat, ſo iſt jenes doch in doppeltem Maße bei den an ſich untauglichen Verſuchsakten der Fall. Wenn nun die geringere Strafbarkeit des Verſuchs überhaupt daraus folgt, daß erſt mit dem Fortſchritte der äuſſeren Thätigkeit die Intenſität des böſen Willens ſich immer tiefer aktualiſirt, daher das Maß der Strafe für den Verſuch in Proportion zu der Strafe der Vollendung der Handlung ſtehen muß, ſo tritt eben bei den untauglichen Verſuchshandlungen ein andrer letzter Punkt an's Ende der Reihe, als bei den tauglichen, nämlich nicht das vollendete Verbrechen, welches bei jenen gar nicht möglich iſt, ſondern eben nur der beendigte Verſuch, als das Letzte, wozu ſie es überall bringen können. Dies ſcheint zwar eine rein objektive Beſtimmung zu ſeyn, da der Thäter auch bei der untauglichen Verſuchshandlung nicht bloß die Beendigung des Verſuchs, ſondern die wirkliche Vollendung des Verbrechens beabſichtigt. Allein, wenn man bedenkt, daß zum Willen nothwendig auch das Wiſſen gehört, ſo erhellt leicht, daß ein böſer Wille, dem ſein Wiſſen adäquat iſt, intenſiv ſtärker ſeyn muß, als ein ſolcher, bei dem das

Gegentheil ſtattfindet. Eben von dieſem inneren Widerſpruch in der verbrecheriſchen Subjektivität, wie er bei der untauglichen Verſuchshandlung ſtattfindet, iſt es nur die äuſſerliche Erſcheinung, daß die letztere ihren Endpunkt da hat, wo bei der tauglichen erſt der Verſuch beendigt iſt, eben weil jener innere Widerſpruch die Unmöglichkeit der äuſſeren Realiſirung der Abſicht bedingt.

Anm. — Die hier gegebene Deduktion der geringeren Strafbarkeit der untauglichen Verſuchshandlung wäre freilich überflüſſig, wenn Zachariä mit der Behauptung Recht hätte, daß eine ſolche ſtets nur unter die Kategorie des nicht beendigten Verſuchs geſtellt werden dürfe. II. §. 163. Allein es wurde ſchon oben gezeigt, daß dieſe Behauptung mit einer unrichtigen Auffaſſung des beendigten Verſuchs überhaupt zuſammenhänge. — Sie wäre ferner überflüſſig, wenn die Behauptung richtig wäre, daß beim Verſuch die Schädlichkeit, resp. Gefährlichkeit der äuſſeren Handlung für ſich über die relative Strafbarkeit entſcheide. Allein auch dieſe Anſicht wurde als irrig nachgewieſen und gezeigt, daß beim Verſuche überall die äuſſere Thätigkeit für ſich ohne Bedeutung, und nur als Erſcheinung der verbrecheriſchen Subjektivität von Gewicht ſei. Will man mithin die geringere Strafbarkeit der untauglichen Verſuchshandlungen deduciren, ſo darf man nicht von der objektiven, ſondern man muß von der ſubjektiven Seite ausgehen. Man muß zeigen, daß der in ihnen ſich manifeſtirende verbrecheriſche Wille von geringerer Intenſität ſei. Dies geſchieht nun im obigen Paragraphen. Daß darin aber kein Widerſpruch gegen den oben mehrfach ausgeſprochenen Satz liege, daß auch die nur unzulänglichen (gewöhnlichen) Verſuchshandlungen ſich in concreto als untaugliche beweiſen, daß daher die Verwerfung der Strafbarkeit der in abstracto untauglichen konſequenter

Weiſe auf die Verwerfung der Strafbarkeit des Verſuchs überhaupt führen würde, weil der von der objektiven Gefährlichkeit hergenommene Grund für alle Verſuchshandlungen paſſe, — das iſt leicht zu bemerken. Denn, wenn wir alle Verſuchshandlungen, die tauglichen und die untauglichen, eben nur um der in ihnen manifeſtirten Subjektivität willen für verbrecheriſche und hiebei die objektive Beſchaffenheit der äuſſeren Thätigkeit für ſich für indifferent erklären, ſo iſt damit noch nicht geſagt, daß auch in beiden Arten von Handlungen das gleiche Maß verbrecheriſcher Subjektivität liege. Vielmehr eben dies iſt nun erſt die Frage, die ſich nach den im Paragraphen angegebenen Momenten entſcheidet [1].

Daß hiebei die äuſſere Beſchaffenheit der Handlung für ſich kein Gewicht habe, das liegt in der ganzen bisherigen Entwicklung. Und eben aus dieſer geht auch das im Paragraphen weiterhin Angegebene hervor: daß die mit einer Verſuchshandlung verbundene mehr oder minder rechtsverletzende Qualität für ſich kein Moment für deren relative Strafbarkeit ſeyn kann. Denn entweder liegt hier ein qualificirter Verſuch vor, d. h. es laſſen ſich zweierlei Verbrechen unterſcheiden, die ſich wie Zweck und Mittel verhalten, — dann fällt das vollendete Verbrechen ganz auſſerhalb des Gebiets der Verſuchsfragen: oder es liegt nur ein Verbrechen vor, zu deſſen Thatbeſtande aber die bereits exiſtent gewordene Rechtsverletzung weſentlich gehört; dann kann, wie Zachariä II. S. 76—78 vgl. I. §. 140 ganz richtig ausführt, von keinem qualificirten Verſuche die Rede ſeyn; allein es iſt an dem Falle auch nichts Beſonderes, vielmehr fällt er einfach unter die allgemeine Regel, daß der Verſuch um

1) Vgl. Oerſted Grundregeln. S. 164—180.

ſo verbrecheriſcher iſt, je weiter die Handlung zur Vollendung fortgeſchritten iſt.

Bei oberflächlicher Betrachtung könnte es vielleicht nun dennoch ſcheinen, als ob der obigen Deduktion der geringeren Strafbarkeit der untauglichen Verſuchshandlungen eine ſelbſtändige Berückſichtigung der objektiven Seite zu Grunde läge. Und in einem gewiſſen Sinne muß dies auch zugegeben werden, übrigens ohne daß die Entwicklung der geringſte Vorwurf der Inkonſequenz treffen könnte. Der Satz nämlich, daß Alles auf die Subjektivität ankomme, hat eben nur innerhalb des Verſuchsgebiets ſelbſt ſeine Wahrheit; er verliert ſie aber, ſobald der Verſuch in die Vollendung übergeht, da eben in der Vollendung die im Verſuch frei und ſelbſtändig gewordene Subjektivität wieder zur Objektivität zurückkehrt, und die Totalität der Handlung aus der vermittelten Einheit beider Seiten reſultirt. Eben daher wurde auch ſchon oben (§. 119) ausgeführt, daß das Willensmoment im Verſuche nicht als Vorſatz, ſondern nur als Abſicht beſtimmt werden dürfe, daß es vermöge ſeiner Beziehung auf die Totalität der Handlung eine objektive Maßbeſtimmtheit haben müſſe. Iſt nun aber als Endpunkt des Verſuches überhaupt ſein durch die objektive (vom Belieben des handelnden Subjekts unabhängige) Natur der Handlung beſtimmtes Ziel anzuerkennen und in Proportion zu dieſem ſeine verbrecheriſche Größe, hiemit ſeine Strafe, auszumeſſen, ſo iſt klar, daß gedachter Endpunkt für eine an ſich untaugliche Verſuchshandlung ein andrer, auf der Skala der Strafbarkeit niedriger liegender ſeyn muß, als für eine an ſich taugliche. Denn während ihn für letztere das vollendete Verbrechen bildet, ſo bildet ihn für erſtere der beendigte Verſuch, da es in der Natur einer ſolchen Handlung liegt, niemals die

Vollendung hervorbringen zu können. Allein es würde wieder eine ſehr oberflächliche Betrachtung ſeyn, wenn man ſagen wollte, daß hier die objektive Beſchaffenheit der Handlung für ſich in's Gewicht falle. Denn in der That haben ja menſchliche Handlungen überall nicht, wie äuſſere Naturereigniſſe, eine objektive Beſchaffenheit für ſich, ſondern erhalten ſie ſtets, mittelbar oder unmittelbar, durch die darin ſich ausprägende Subjektivität; daher der von Zachariä mehrfach wiederholte Troſt, daß man ja im Strafrecht ſo oft vom Zufall ſich die Rechnung machen laſſen müſſe, ein zwar bequemer, aber ſehr ſchaler iſt. Auch in unſrem Falle verhält es ſich nun durchaus auf die angegebene Weiſe. Daß nämlich für die untaugliche Verſuchshandlung den Endpunkt nicht das vollendete Verbrechen, ſondern nur der beendigte Verſuch ausmachen kann, daß ſie daher ſtets um einen Grad niedriger beſtraft werden muß, als die taugliche, — wie dies auch im Wirtemb. Strafgb. Art. 72 ganz richtig verordnet iſt, — das iſt nur die Konſequenz des inneren Widerſpruchs, der in ſolchem Falle in der verbrecheriſchen Subjektivität ſelbſt liegt, ſofern ihr Wiſſen ihrem Wollen nicht adäquat iſt, — ein Widerſpruch, der nothwendig eine geringere Intenſität des böſen Wollens bedingt, als da, wo er nicht ſtattfindet. Ganz nach demſelben Geſetze geſchieht es, wenn wir einem Menſchen, der löbliche Zwecke mit ſchlechthin unzureichenden Mitteln verfolgt, nicht die gleiche Energie des ſittlichen Willens zuerkennen, wie dem, welcher die rechten Mittel wählt [1].

Indeſſen könnte dieſe ganze Beweisführung letzlich

---

1) S. auch Preuſſ. L. R. II. 20 §. 866. Wirt. Strafgb. Art. 72. Sächſ. Gb. Art. 26. Hannöver. Entw. Art. 40. Bad. Entw. Art. 98. Bair. Entw. 1831 §. 48.

doch noch ſcheitern, wenn die Anſicht derjenigen richtig wäre, welche behaupten, daß, wenn auch die geringere Strafbarkeit des Verſuchs im Allgemeinen zugegeben werde, doch wenigſtens der beendigte Verſuch in der Strafe dem vollendeten Verbrechen gleichgeſtellt werden müſſe [1]. Allein hiegegen iſt gerade das vorhin Geſagte zu wiederholen, daß allerdings innerhalb des Verſuchs-Gebietes ſelbſt die Subjektivität das allein Beſtimmende iſt, daß aber dieſer Satz ſogleich unwahr wird, wenn es ſich von der Totalität der verbrecheriſchen Handlung handelt. Dieſe iſt eben nur die vermittelte Einheit des Willens und des Thatmoments; und, da das Verbrechen weſentlich Handlung iſt, ſo kann auch nur die vollendete Handlung den vollen Begriff deſſelben darſtellen. Daraus folgt aber von ſelbſt, daß nicht das volle Verbrechen vorliegen kann, wo entweder das Willensmoment dem Thatmoment nicht adäquat iſt, wie beim Verſehen, oder wo der umgekehrte Fall eintritt, wie beim Verſuch. Eben dieſe Unangemeſſenheit des Thatmoments findet aber auch beim beendigten Verſuche vollkommen ſtatt. Bei dieſer Frage hat daher Zachariä [2]) durchaus Recht, wenn er ſich auf die Weſentlichkeit der objektiven Seite und auf den Unterſchied der rechtlichen und moraliſchen Zurechnung beruft.

C) Die Vollendung.

§. 125.

Im Verſuche erſchien das Thatmoment als hinter das Willensmoment zurückgetreten, als deſſen unangemeſſene Erſcheinung, die ihre Bedeutung eben nur durch die in ihr

1) ſ. die bei Zachariä II. S. 65. n. 1. Angeführten.

2) II. §. 178. Der Inhalt des §. 177 verſtand ſich ſo ſehr von ſelbſt, daß er wohl wegbleiben konnte.

reflektirte Subjektivität erhielt. Allein das, ſo als das Alleinbeſtimmende geſetzte, Willensmoment mußte gleichwohl auch andrerſeits ſich als beſtimmt durch die objektive Natur der Handlung anerkennen. Denn einmal durfte es ſich nicht in der Form des ſubjektivbeliebigen Vorſatzes, ſondern nur in der bereits objektiv beſtimmten Form der Abſicht geltend machen. Sodann aber ergab ſich, daß ſich die Intenſität des verbrecheriſchen Willens im Verſuche eben nur nach dem Fortſchritte der äuſſeren Thätigkeit zu dem objektiven Ziele der Abſicht, d. h. nach ihrer Annäherung zu der objektiven Exiſtenz des Verbrechens meſſen laſſe. Die Weſentlichkeit der objektiven Seite erhält hiemit die konkretere Bedeutung, zwar nicht für ſich das Weſen des Verbrechens, aber auch nicht bloß die für ſich indifferente Erſcheinung der verbrecheriſchen Abſicht, ſondern zur Totalität der verbrecheriſchen Handlung auch für ſich weſentlich zu ſeyn. Indem ſich aber ſolchergeſtalt die objektive Seite mit der ſubjektiven zur vermittelten Einheit der Totalität der verbrecheriſchen Handlung zuſammenſchließt, ſo ſtellt ſich dieſe nunmehr, wie ſie ſubjektiv gewendet als abſichtliche Handlung erſchien, objektiv gewendet als vollendetes Verbrechen dar.

Anm. — Im vorigen Abſchnitte hat ſich die Subjektivität der Handlung für ſich geltend gemacht, indem ſie ſich zunächſt in der ſubjektiv willkürlichen Form des Vorſatzes ſetzte. Sie mußte aber im Verſehen ſich als abhängig von der objektiven Natur der Dinge bekennen und endlich als Abſicht objektive Maßbeſtimmtheit annehmen. Hier hat ſich nun die Objektivität der Handlung für ſich geltend gemacht und ſich zunächſt als das abſtrakt Weſentliche, in ſich ſelbſt die Totalität der verbrecheriſchen Handlung Enthaltende geſetzt. Im Verſuche zeigte ſich aber ſofort, daß auch eine äuſſerlich ganz indifferent und unſchuldig erſcheinende Handlung gleich-

wohl als verbrecheriſch betrachtet werden muß, weil ſich in ihr eine verbrecheriſche Subjektivität, wenn auch auf nicht adäquate Weiſe, manifeſtirt. Es mußte daher umgekehrt die objektive Seite ſich als abhängig von der ſubjektiven bekennen. Beide Forderungen, die der objektiven und die der ſubjektiven Beſtimmtheit, gehen nun in dem Begriffe des vollendeten Verbrechens zur vermittelten Einheit zuſammen, d. h. zu der Einheit, in welcher die beiden Momente gegenſeitig durch einander geſetzt erſcheinen. Wie namentlich auch die im Verſuch überwiegend freigewordene Subjektivität doch wieder durch die objektive Seite ſich beſtimmen laſſen müſſe, das iſt im §. näher angegeben. Hiemit iſt nun nach der objektiven Seite hin die Totalität der Handlung aus der Differenz ihrer Momente (im Verſuch) eben ſo wieder hergeſtellt, wie ſie ſich nach der ſubjektiven Seite hin aus der entſprechenden Differenz (im Verſehen) im Begriff der abſichtlichen Handlung wieder herſtellte. Es ſtellen ſich hiemit doloſes Verbrechen und vollendetes Verbrechen als Bezeichnungen einer und derſelben Sache, nur unter verſchiedenen Geſichtspunkten dar [1]. Zugleich ergiebt ſich, was ſchon zu §. 119 angedeutet wurde, daß die Bezeichnung: vollendetes Verbrechen überall nur von doloſen, nicht aber von kulpoſen Handlungen gebraucht werden kann.

§. 126.

Wann nun ein Verbrechen als vollendet anzuſehen ſei, das beſtimmt ſich lediglich aus der inneren Natur und dem Begriffe deſſelben. Das Nähere davon kann erſt bei der Darſtellung der beſonderen Verbrechen ausgeführt, indeſſen

---

1) Berner a. a. O. S. 175.

kann ſchon hier das, freilich ſehr abſtrakte, Princip aufgeſtellt werden, daß der Moment der Vollendung jedes Mal dann eintrete, wenn das den Gegenſtand des Verbrechens bildende Recht als Recht wirklich verletzt erſcheine. Dabei kann der gewöhnlich aufgeſtellte Unterſchied zwiſchen materialen und formalen Verbrechen als oberflächlich und nichtsſagend bei Seite gelaſſen werden [1]).

Anm. — Die eben gedachte Unterſcheidung iſt eine der heutigen Doktrin ſehr geläufige, gehört aber zu den vielen ähnlichen, die nur für das am Aeuſſerlichen klebende Denken einigen Werth haben. Bedeutend wäre ſie nur dann, wenn ſich die Anſicht halten ließe, daß das Stadium des beendigten Verſuchs bloß bei den ſogen. materialen Verbrechen möglich ſei, was aber, wie geſagt, nicht der Fall iſt. — Wahr iſt es allerdings, daß, äuſſerlich genommen, das Stadium der Vollendung bei den verſchiedenen Verbrechen inſofern verſchieden feſtgeſetzt zu ſeyn ſcheint, als bei einigen ein äuſſerer Erfolg, oder beſtimmter geſagt, eine phyſiſche Veränderung des unmittelbaren Objekts der Handlung gefordert wird, bei andern nicht. Eben dieſe vermeintliche Ungleichheit hat man auch wohl dem poſitiven Rechte ſchon zum Vorwurfe gemacht, indem man ſagte [2]), die Strafe ſei auf den Willen zu beziehen, vom Zufall dürfe dabei nichts abhängig gemacht werden, der Geſetzgeber könne nicht darauf ausgehen, die Wirkungen der menſchlichen Handlungen zu beſtimmen. Allein mit Recht werden dieſe Vorwürfe von Andern zurückgewieſen, ſo namentlich von Zachariä II. §. 178, der ſogleich den Hauptgrund, daß im Strafrecht das Thatmoment weſentlich ſei, richtig

1) Vgl. Heffter §. 59. Anm. 2.

2) Grolman Grundſätze §. 89. Oerſted Grundregeln S. 163 ff.

voranſtellt, ſodann aber ſehr treffend insbeſondere darauf aufmerkſam macht, „daß, abgeſehen von der freien Selbſtbeſtimmung des Willens, überall keine menſchliche Handlung unbedingt poteſtativ ſei, daß mithin der Geſetzgeber, wenn er die gewöhnlich durch den Willen beſtimmbare äuſſere Thätigkeit des Menſchen als Bedingung für die Strafbarkeit berückſichtigen müſſe, folgeweiſe auch die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge durch die äuſſere Thätigkeit hervorzurufende Wirkung der äuſſeren Thätigkeit in den Begriff des Verbrechens müſſe aufnehmen dürfen." — In einer Anm. ſetzt er hinzu: „Dieß gilt von allen Verbrechen, welche in Verletzung materieller Rechte beſtehen, und der Unterſchied zwiſchen den Verbrechen, welche erſt durch den Eintritt eines gewiſſen Erfolges, und denjenigen, welche ſchon durch bloße verbrecheriſche Thätigkeit vollendet werden, liegt nur darin, daß in gewiſſen Fällen erſt durch die Aufhebung oder Störung eines gewiſſen phyſiſchen Zuſtandes das Recht ſelbſt als verletzt betrachtet werden kann, während da, wo das Recht bloß in der Vorſtellung exiſtirt (ein Gleiches gilt von den Vergehen gegen die Sittlichkeit), die Verletzung ſchon durch die bloße Thätigkeit als konſummirt erſcheint." Hiemit iſt im Weſentlichen das Richtige angedeutet, und als weitere Ausführung davon können zunächſt die §§. 12 und 13 in Bd. I. gelten, wenn gleich weder die Ausdrücke für gehörig präcis, noch die Beiſpiele für durchaus richtig gehalten werden können [1]. Das Nähere kann erſt bei der Darſtellung der beſondern Verbrechen angegeben werden, wo denn aus der Entwicklung der allgemeinen Natur eines jeden von ſelbſt hervorgehen wird, worin

---

1) ſ. auch **Ketelholdt** de Consummatione.

daſs verletzte Recht und hiemit auch die Verletzung ſelbſt ihre adäquate Exiſtenz haben. Um nur ein Beiſpiel vorläufig anzuführen, ſo iſt das Objekt der Fälſchung die fides publica, deshalb das Verbrechen jedes Mal konſummirt, ſobald (wie Heffter [1]) richtig ſagt) das wahrheitswidrige Handeln in der ſpeciell vorausgeſetzten Form ſoweit gediehen iſt, daß daraus eine wirkliche Täuſchung Mehrerer entſtehen kann, ohne daß es mehr in des Thäters Macht läge, dieſe Wirkung zu verhindern; dagegen iſt das Objekt des Betrugs die im Eigenthum, näher im Verkehrsverhältniſſe vermittelte Perſönlichkeit, und deßhalb iſt der Betrug erſt dann konſummirt, wenn eine wirkliche Täuſchung der Perſon erfolgt und derſelben hieraus ein Schaden zugegangen iſt. Es wird ſich aber eben zeigen, daß das Erforderniß eines ſolchen materiellen, handgreiflichen Erfolgs einfach in der Natur des Privatrechts und ſeiner äuſſerlich unmittelbaren Exiſtenz liegt, während anderen Rechten eine vermittelte Exiſtenz zukommt, daher dann auch ihre Verletzung nicht eine ſo phyſiſch greifbare Exiſtenz erfordert, daß aber dieſer ganze Unterſchied weder einen wiſſenſchaftlichen, noch einen praktiſchen Werth hat, — letzteren nicht aus dem oben angef. Grunde, erſteren aber deshalb nicht, weil es für den Begriff der Verletzung gleichgiltig iſt, ob ſie eine unmittelbar ſinnliche, oder eine vermittelte Exiſtenz habe, vielmehr weſentlich nur das iſt, daß ſie eben da ihre Exiſtenz haben müſſe, wo das Recht ſolche hat, welches den Gegenſtand der Verletzung bildet.

§. 127.

Alle wirklichen doloſen Verbrechen laſſen den Begriff

1) Lehrbuch §. 385.

der Vollendung und ſomit auch den des Verſuchs zu. Denn alle ſind weſentlich Handlungen, die in den Verlauf der Zeit fallen und ein Fortſchreiten der äuſſeren Thätigkeit bis zu einem gewiſſen Punkte fordern, zugleich aber ſind ſie ſämmtlich als Handlungen dem Naturkauſalismus unterworfen, vermöge deſſen das Subjekt über die äuſſeren Umſtände und Bedingungen ſeines Handelns nicht vollſtändig Herr und daher der Möglichkeit ausgeſetzt iſt, trotz der Abſicht der Vollendung es doch nur bis zum Verſuche zu bringen.

Anm. — Es iſt eine neuerdings vielbeſprochene Frage, ob überhaupt alle doloſen Verbrechen einen Verſuch zulaſſen, ob es nicht vielmehr ſolche gebe, mit denen das Gegentheil ſtattfinde, „weil jede äuſſere Handlung, ſie möge beſchaffen ſeyn, wie ſie wolle, es möge viel oder wenig geſchehen ſeyn, entweder ſchon vollſtändig dem geſetzlichen Begriffe entſpreche oder rechtlich gleichgiltig ſei, ſofern ſie auf das Daſein des dolus nicht ſchließen laſſe.“ [1]) — Als ſolche Handlungen glaubte Mittermaier [2]) die Kinderausſetzung, die Unterſchlagung, die Exceſſe in Ausübung eines Rechts, den Hochverrath, die Majeſtätsbeleidigung, die Injurien und die Verbrechen im Affekte geltend machen zu können. Was den Affekt betrifft, ſo iſt davon ſchon oben das Nöthige angeführt worden. In Beziehung auf die übrigen Momente aber iſt im Weſentlichen der ſorgfältigen Gegenausführung von Zachariä [3]) beizupflichten, der ganz treffend ſagt: „Mögen auch die äuſſeren Handlungen noch ſo raſch aufeinander folgen, mögen ſie, wenn das Verbrechen vollendet iſt, ſcheinbar in einen Moment

1) Zachariä I. §. 32.

2) N. Arch. IV. S. 17. ff., vgl. Pratobevera Materialien VI. S. 358. Martin §. 49. n. 2. Rossi II. S. 266.

3) I. §. 43—47. vgl. Bauer Lehrb. §. 67. n. a.

zuſammenfallen, ſo iſt doch dieß eben nur ſcheinbar, und — abgeſehen davon, daß die Bewirkung des äuſſern zum Begriff des Verbrechens nothwendigen Erfolgs eigentlich nie allein vom Willen und der Thätigkeit des Verbrechers abhängig iſt, ſondern das Zuſammenwirken von Naturkräften erfordert, — iſt in der Regel zur Erreichung des verbrecheriſchen Zwecks die Ergreifung und Benützung verſchiedener Mittel nothwendig, bei der ſich eine entweder aus einer konträren Willensbeſtimmung des Handelnden oder aus äuſſeren Hinderniſſen hervorgehende Unterbrechung ſehr wohl denken läßt." I. §. 33. Gleichwohl kann in mehreren Punkten Zachariä nicht beigeſtimmt werden. Zunächſt nicht darin, daß er bei dieſer Argumentation überall nur die ſogen. materiellen Verbrechen im Auge hat, mithin den andern im §en angegebenen Grund, der ſich auf alle, vornämlich aber auf die ſogen. formellen Verbrechen bezieht, geradezu ignorirt. Sodann aber erfordert das, was Z. über die Unterlaſſungs-Verbrechen, und das, was er über die Injurien ſagt, gleichfalls eine Berichtigung. Was erſtere betrifft, ſo hat er zwar in der Sache Recht, Unrecht aber darin, daß er unter der Rubrik: Unterlaſſungs-Verbrechen Dinge zuſammenſtellt, die nicht zuſammen gehören. Schon oben wurde nämlich bemerkt, daß Luden ganz Recht habe, wenn er unter Unterlaſſungsverbrechen nur ſolche verſtanden haben will, die eben nur durch Unterlaſſung eines geſetzlich gebotenen Handelns begangen werden können, nicht aber ſolche Unterlaſſungen, wodurch ein Verbrechen entſteht, das ebenſowohl auch durch poſitive Handlungen begangen werden kann. Von letzteren behauptet nun Zachariä ganz mit Recht, daß bei ihnen ein Verſuch möglich ſei, während er es von den erſteren läugnet. Dieß ergiebt aber keine Anomalie, da, wie

ſchon oben bemerkt wurde, die Unterlaſſungsverbrechen, welche allein dieſen Namen verdienen, nur die Natur von Polizeivergehen haben [1]. Was ſodann die Injurien betrifft, ſo wird von Zachariä richtig anerkannt, daß die ſymboliſchen, die ſchriftlichen und die Realinjurien einen Verſuch allerdings zulaſſen; dagegen glaubt er dieß für die Verbalinjurien läugnen zu müſſen, weil als Mittel hier das Wort diene, das, ſo lange es nicht ausgeſprochen werde, bloßer Gedanke, hiemit kein Gegenſtand des Strafrechts ſei. Allein dagegen iſt zu bemerken, daß auch bei der Verbalinjurie ein Verſuch wenigſtens in der Weiſe möglich iſt, daß der Thäter ſich im Objekt oder Mittel vergreift; jedoch, auch hievon abgeſehen, läßt ſich ein Verſuch bei Verbalinjurien gar wohl denken, da ſich die injuriöſe Abſicht ſehr deutlich in Miene und Geberde ausprägen kann. Wenn nun allerdings Gedanken, ſelbſt injuriöſe, zollfrei ſind, ſo gilt dieß doch nicht auch von der Aeuſſerung der Gedanken. Vollendet iſt freilich ferner die Aeuſſerung des injuriöſen Gedankens erſt dann, wenn er im Wort ſich verkörpert hat; allein das dem Ausbruch des injuriöſen Worts (oder gar eines Stromes von Schmähungen) vorhergehende, die Abſicht bereits äuſſernde Benehmen kann allerdings ganz mit Recht als Verſuch bezeichnet werden, wenn nun noch eine Unterbrechung erfolgt, weil vielleicht der Injuriant eine Perſon unter der Geſellſchaft entdeckt, bei deren Anblick ihm das Wort auf der Lippe erſtirbt. Hierauf zu beſtehen, iſt um ſo wichtiger, da aus der gegentheiligen Anſicht konſequenterweiſe folgt, daß gegen Verbalinjurien auch keine Nothwehr zuläſſig ſei.

1) ſ. auch Jenull Oeſtr. Krim. Recht. I. S. 198. Bauer Abh. I. S. 338.

§. 128.

So wenig als durch das Zuſammentreffen von dolus und culpa ein beſonderer Schuldgrad begründet wird (§. 112), ebenſowenig geſchieht dieß durch das Zuſammentreffen eines Verſuchs mit einem vollendeten Verbrechen oder mit einem kulpoſen Erfolg.

Anm. — Da man ein kulpoſes Vergehen, richtig angeſehen, gar nicht unter den Begriff des vollendeten Verbrechens ſubſumiren kann, ſo gehört der Fall der Konkurrenz eines Verſuchs mit einem kulpoſen Erfolg eigentlich gar nicht hierher, ſondern wäre, als ſchon im vorigen Kapitel abgemacht, hier lediglich zu übergehen geweſen, wenn nicht die Behandlungsweiſe neuerer Schriftſteller es erforderlich machte, hier nochmals auch auf jenen Fall zurückzukommen [1]. — Zachariä I. §. 39—49 ſchließt zunächſt mit Recht von der Betrachtung alle diejenigen Fälle aus, in welchen durch ganz verſchiedene, in keinem Zuſammenhang ſtehende, nicht hinſichtlich des nämlichen Gegenſtandes verübte Handlungen eine materielle Konkurrenz eines vollendeten und eines verſuchten Verbrechens vorliegt [2]. Dagegen unterwirft er die Fälle der idealen Konkurrenz und eine beſtimmte Art von Fällen der materiellen Konkurrenz einer ausführlichen Betrachtung. Was die erſteren betrifft, ſo löst ſich die Frage wieder in vier beſondere Fragen auf: 1) ob überall eine ſolche Konkurrenz juriſtiſch behauptet werden könne, wo Jemand eine auf Verübung eines Verbrechens gerichtete Handlung vornimmt, welche, wenn man des Verbrechers weiter gehende Abſicht unberückſichtigt läßt, ſchon ein ſelbſtändiges Delikt bildet

---

1) ſ. Mittermaier n. 2. zu Feuerbach §. 43.
2) Vgl. Bauer Abh. I. S. 391—396.

(qualificirter Verſuch)? Ganz treffend unterſcheidet hier Z., ob die auf Verübung des beabſichtigten Verbrechens gerichtete Handlung weſentlicher Theil des Thatbeſtandes des letzteren ſei, oder nicht, und ſchließt im erſten Fall den Begriff des qualificirten Verſuchs aus (vgl. oben §. 124), während er ihn im letzteren zuläßt [1]. Der Unterſchied, den er hier weiter macht [2], ob die begangene Handlung zu der weiter beabſichtigten im Verhältniß der bloßen Vorbereitung geſtanden oder ob ſie bereits einen Anfang der Ausführung derſelben enthalten habe, hängt mit der ſchon oben abgemachten Streitfrage über den Anfangspunkt des ſtrafbaren Verſuchs zuſammen und kann hier bei Seite gelaſſen werden, da er das Princip der vorliegenden Frage nicht berührt [3]. 2) Ob, wenn Jemand ein Verbrechen verübt mit der eventuellen Abſicht, falls es zur Durchführung dieſes Verbrechens nöthig ſeyn ſollte, noch ein weiteres zu begehen, jenes erſte Verbrechen zugleich als Verſuch des zweiten, eventuell beabſichtigten zu betrachten ſei? Wie ſich von ſelbſt verſteht, wird dieſe Frage verneint, weil der Thäter im vorausgeſetzten Fall das wirklich begangene Verbrechen keineswegs als Vorbereitung des weiteren eventuell beabſichtigten begieng, mithin mit der Verübung des letzteren noch auf keine Weiſe einen Anfang gemacht hatte, die nuda cogitatio aber nicht in das Gebiet des Strafrechts gehört [4]. 3) Beſpricht Z. den Irrthum in

---

1) Nur die Beiſpiele ſind nicht gut gewählt. ſ. Bauer Abh. I. S. 397—399.

2) Vgl. Bauer Abh. I. S. 393.

3) Es iſt nicht gerechtfertigt, wenn Weber im N. Arch. IV. S. 41. den beendigten Verſuch von dieſer Art von Konkurrenz ausſchließt.

4) Bauer Abh. I. S. 93.

der Perſon des Verletzten und die aberrationes ictus, Fragen, die ſchon oben abgehandelt ſind. 4) Endlich fragt er, ob, wenn das Geſetz verſchiedene Grade oder Species des nämlichen Verbrechens unterſcheide, die Vollendung aber der Abſicht des Thäters nicht entſpreche, von idealer Konkurrenz eines verſuchten und vollendeten Verbrechens derſelben Art geſprochen werden könne? Seine Entſcheidung in Beziehung auf dieſen Punkt kann nicht für erſchöpfend gelten. Vielmehr wird hier zu unterſcheiden ſeyn, ob dem Mißverhältniß zwiſchen Abſicht und Umfang des Erfolges ein Irrthum des Thäters zu Grunde lag oder nicht. Im erſten Falle müſſen einfach die im §. 109 entwickelten Grundſätze zur Anwendung kommen. Wenn mithin ein Dieb nur einen kleinen Diebſtahl beabſichtigte und auch nur einen kleinen zu begehen glaubte, während er im Irrthum einen großen begieng, ſo iſt ihm nur ein kleiner zuzurechnen, wie dieß auch Z. zugiebt. Im umgekehrten Falle dagegen, d. h. wenn er einen großen beabſichtigte und zu begehen glaubte, während er im Irrthum nur einen kleinen begieng, muß ihm ein vollendeter kleiner Diebſtahl in idealer Konkurrenz mit dem Verſuche eines großen zugerechnet werden. Was dagegen Zachariä vorbringt, iſt nicht ſtichhaltig. Er ſagt, man habe zu unterſcheiden, ob das Geſetz die Grade oder Species nach objektiven oder ſubjektiven Geſichtspunkten abgeſtuft habe; im erſteren Falle könne nun die weitergehende Abſicht ſchlechthin nicht berückſichtigt werden, aber auch nicht einmal im zweiten. Letzteres iſt ganz unbegreiflich, da die Behauptung eine contradictio in adjecto enthält. Aber auch Erſteres will nichts heißen. Denn die objektiven oder ſubjektiven Geſichtspunkte, wornach Arten und Grade der Verbrechen abgeſtuft werden, können ja nie

abſtrakt für ſich gelten. Liegt der ſubjektiv ſchwerere Grad vor, ſo kann er nicht beſtraft werden, wenn nicht neben der Abſicht die äuſſere That oder ein Anfang dazu ſich vorfindet; liegt der objektiv ſchwerere Grad vor, ſo ſetzt ſeine Beſtrafung die Abſicht dazu voraus. Wäre es nun wahr, was Z. ſagt, — daß ein Geſetz nur nach objektivem Geſichtspunkte abſtufe, ſo müßte ein objektiv ſchwererer Grad als ſolcher auch dann geſtraft werden, wenn ſich keine darauf gerichtete Abſicht erweiſen ließe. Kann dieß aber nicht ſeyn, wie Jeder zugeben wird, ſo muß auch die auf das objektive Mehr gerichtete Abſicht, ſobald ſie überall in That übergegangen iſt, mit der Verſuchsſtrafe belegt werden. Es ſcheint übrigens, daß hier oft verſchiedene Fälle verwechſelt werden [1]; wenigſtens deuten die Beiſpiele bei Zachariä darauf hin. Das bisher Geſagte nämlich gilt eben nur von dem Fall des faktiſchen Irrthums, in welchem der Thäter bei der Handlung ſelbſt ſich befand. Ganz anders verhält es ſich aber natürlich, wenn der Dieb, der weniger ſtehlen wollte, mehr vorfand und dieſes Mehr wohlwiſſentlich mitnahm, oder wenn er mehr ſtehlen wollte, aber weniger vorfand und dieſes Wenige wiſſentlich mitnahm (oder wenn er einbrechen oder einſteigen wollte, aber die Thüre offen fand). Denn in beiden Fällen iſt die erſte Abſicht, als nuda cogitatio, irrelevant, und es kann nur auf die wirklich ausgeführte ankommen [2]. — Was dagegen die Fälle der materiellen Konkurrenz betrifft, ſo ſpricht hier Z. hauptſächlich von denjenigen, die oben unter den Begriff des generellen dolus geſtellt worden ſind. Er bringt aber damit noch den Fall in Verbindung,

---

1) Vgl. Mittermaier N. Arch. IV. S. 11. 12.

2) Kitka u. v. Skari in Wagners Zeitſchrift a. a. O.

wenn Jemand einen rechtswidrigen Erfolg kulpos herbeigeführt hat und nun im Irrthum eben dieſen Erfolg erſt noch abſichtlich hervorzubringen ſtrebt. Nach 3. ſoll im letzteren Falle nur ein kulpoſes Verbrechen, im erſteren Falle aber wegen culpa dolo determinata geſtraft werden. Allein die Sache verhält ſich gerade umgekehrt, d. h. im erſteren Falle liegt nur Ein Verbrechen aus dolus generalis, im zweiten dagegen ein kulpoſes Verbrechen in Konkurrenz mit einem verſuchten doloſen vor (ſ. o.). —

C. Die Handlung als vermittelte Einheit der objektiven und ſubjektiven Seite.

§. 129.

Der in ſeine Momente auseinandergelegte Begriff der Handlung hat ſich nun zur vermittelten Einheit dieſer Momente wiederhergeſtellt, indem jedes derſelben, für ſich geſetzt, das andre forderte und ſelbſt das Ueberwiegen der einen oder der andern Seite (im Verſehen und im Verſuch) nicht zum Ausſchließen je der andern Seite fortgehen durfte, wenn nicht der Begriff der Handlung verloren gehen und hiemit die Zurechnung (beim bloßen Entſchluß ohne That, und bei der bloßen, willenloſen That) aufhören ſollte. Das Reſultat iſt alſo, daß die Schuld in allen ihren Arten und Graden eine wirkliche Handlung, d. h. eine Identität von Willen und That zur Grundlage haben muß. Zugleich aber ergiebt ſich aus vorſtehender Entwicklung des Schuldbegriffs noch beſtimmter (vgl. §. 71), daß die Schuld beim Verbrechen nur in freier Kauſalität beſtehen, alſo nur einem Subjekte zugeſchrieben, oder daß ein Verbrechen überall nur von einem (zurechnungsfähigen) menſchlichen Individuum begangen werden kann.

Anm. — „Ob auch eine moraliſche Perſon, als ſolche ein Verbrechen begehen und beſtraft werden

könne, iſt wohl noch eine bloße Schulfrage. Jetzt wird ſie faſt allgemein geläugnet, und am einleuchtendſten aus dem Grunde, weil der moraliſchen Perſon, inſofern ſie von ihren phyſiſchen Gliedern, Verwaltern, getrennt gedacht wird, wie doch geſchehen müßte, wenn ſie ſelbſt geſtraft werden ſoll, — durchaus keine eigene Bewegung beigelegt, mithin auch keine eigene Schuld beigemeſſen werden kann; vielmehr würde ſie um fremder Schuld willen geſtraft werden, was einem der erſten Principien des Strafrechts widerſpricht." Heffter §. 46. Anm. 1. A. M. Bauer Abh. I. S. 453—455, der daſſelbe Reſultat nur aus Gründen der Politik ableitet. Vergl. Feuerbach §. 28. und Mittermaier in der Note dazu.

§. 130.

Dieſes Kauſalitätsverhältniß eines freien Subjekts zu einer Handlung und ihren Folgen macht 1) den Begriff der Urheberſchaft aus, der hiemit auf alle bisher entwickelten Arten und Grade der Schuld ſeine Anwendung findet. Doloſer Urheber iſt nämlich derjenige, auf deſſen abſichtliches Handeln eine verbrecheriſche Wirkung als auf ihr unmittelbar beſtimmendes Princip zurückzuführen iſt, kulpoſer Urheber dagegen Derjenige, in deſſen fahrläſſigem Handeln die mittelbare Urſache für einen rechtsverletzenden Erfolg lag. Im Begriffe der Urheberſchaft iſt aber nicht nur enthalten, daß die Handlung in ihrer Totalität überhaupt im Kauſalitätsverhältniſſe zu einem freien Subjekte ſtehe, ſondern es liegt weiter auch noch dieß darin, daß der Handelnde in ſeinem Handeln ſich ſelbſt Zweck ſei, weil er, wenn er nicht ſich, ſondern einen Andern als Zweck ſeines Handelns ſetzt, ſich ſelbſt zur bloß mittelbaren Urſache herab und den Andern in das wahre Kauſalitätsverhältniß ſetzt. Da nun aber

letzteres möglich iſt, und doch auch in einem ſolchen vermittelten Kauſalitätsverhältniſſe der Begriff der Schuld erhalten bleibt, ſo zeigt ſich der Begriff der Urheberſchaft als nicht erſchöpfend, um das Kauſalitätsverhältniß überhaupt auszudrücken. Vielmehr hat ſich 2) bereits der Unterſchied hervorgethan, daß der Handelnde ſich ſelbſt entweder als Zweck, oder als bloßes Mittel für einen fremden Zweck ſetzen kann. Der Urheberſchaft gegenüber tritt hiemit die Beihilfe, als das vermittelte, von einem Andern geſetzte Kauſalitätsverhältniß, das zu ſeinem reinen Gegenſatze die intellektuelle Urheberſchaft (Anſtiftung), als das eine fremde Subjektivität zu ihrem bloßen Mittel herabſetzende Kauſalitätsverhältniß, hat. Beide Momente gehen aber 3) in dem Begriff der wechſelſeitigen Theilnahme, Miturheberſchaft, in eine neue, den Begriff des Kauſalitätsverhältniſſes nun erſt erſchöpfende Einheit zuſammen.

Anm. — Bei der Lehre von der Urheberſchaft hat das Ignoriren der organiſchen Selbſtentwicklung des Begriffs mehr, als bei andern Lehren, geſchadet, beſonders da, wo die gedachte Lehre (wie ſelbſt von Abegg geſchieht) vor den Lehren von dolus und culpa, Vollendung und Verſuch abgehandelt wird [1]). Die Folge war eine ganz äuſſerliche Auffaſſung des Begriffs der Urheberſchaft, die zugleich mancherlei Mißverſtändniſſe und Irrthümer im Gefolge hatte, abgeſehen davon, daß dadurch der richtige Standpunkt für die Lehre, der den in ſeine Momente entwickelten Begriff der Handlung vorausſetzt, von vorn herein verrückt wurde. Zu dieſer äuſſerlichen Betrachtungsweiſe, die einſeitig auf den objektiven Kauſalzuſammenhang reflektirt, hat der ſonſt um dieſe

1) Die richtige Stellung findet ſich z. B. bei Wächter, Henke, Heffter, Marezoll.

Lehre ſehr verdiente Stübel den Anſtoß gegeben. Nur das entgegengeſetzte Extrem hiezu bildet dann die Auffaſſungsweiſe v. Schirachs [1]), die einſeitig den auf die Begehung des Verbrechens überhaupt gerichteten Willen berückſichtigt (N. Arch. III. S. 415—435). Vor beiden falſchen Richtungen würde die Einſicht bewahrt haben, daß es ſich bei der Frage nach der Urheberſchaft in Beziehung auf ein Verbrechen nie bloß um den objektiven Kauſalzuſammenhang, ebenſowenig allein um den ſubjektiven, ſondern ſtets nur um die Einheit beider Momente, um die Handlung als Totalität in ihrer Beziehung auf ein Subjekt handeln kann. Damit wird übrigens den vorgedachten Erörterungen ihr relatives Verdienſt keineswegs abgeſprochen. Damit eine Sache in ihrer Wahrheit erkannt werden könne, muß ſtets die abſtrahirende Reflexion mit der Zerſetzung und einſeitigen Ausbildung ihrer verſchiedenen Seiten vorangehen. Von dieſem Geſichtspunkte hatte denn auch die von Stübel ſo eifrig geltend gemachte Unterſcheidung von imputatio facti und imputatio juris, worin eben der Mangel ſeiner Darſtellung liegt, ihren Werth, um ſo mehr, da er gerade die objektive Seite am Begriffe der Urheberſchaft in einer Verwirrung vorfand, über welche die neuere Doktrin beſonders durch ſeine verdienſtliche Bemühung hinausgekommen iſt.

A) Die Urheberſchaft.

§. 131.

Zum Begriffe der Urheberſchaft, gehört 1) daß eine

1) Merkwürdig, aber bei einem eifrigen Denker, wie Stübel, nicht auffallend iſt ſeine ſpätere Sinnesänderung, die zwar nicht ganz, aber doch faſt ganz auf das Schirach'ſche Extrem hinauskam, wie ſie denn auch durch eine Aeuſſerung v. Schirachs veranlaßt wurde. ſ. Theilnahme ꝛc. S. 67.

rechtsverletzende Handlung ihr Princip unmittelbar oder mittelbar in der freien (doloſen oder kulpoſen) Selbſtbeſtimmung eines Subjekts habe. In allen Fällen daher, wo die Zurechnung völlig ausgeſchloſſen iſt (bei Jugend, Wahnſinn, Zufall ꝛc.), kann auch von Urheberſchaft nicht die Rede ſeyn. Es liegt hier keine Handlung, ſondern ein bloßes Thun vor, das ſein Princip nicht in der menſchlichen Freiheit, ſondern in dem äuſſeren Naturkauſalismus hat, daher auch rechtlich als ein bloßes Ereigniß beurtheilt werden muß.

Anm. — Eben dieſer erſte Punkt, von dem alle weitere Entwicklung anheben muß, wird von Stübel von vornherin verkannt oder vielmehr abſichtlich auf die Seite geſchoben [1]), indem er ſagt, das Moment der freien Selbſtbeſtimmung (ſowie des Sich ſelbſt als Zweckſetzens) gehöre nur zur imputatio juris; in der Lehre vom Thatbeſtande aber und von der imputatio facti ſei unter Urheber jedes Subjekt zu verſtehen, in welchem der Grund der Exiſtenz eines Verbrechens liege. Zwar iſt nun vorhin die relative Verdienſtlichkeit dieſer Abſtraktion anerkannt worden, und es iſt noch ferner die feine Unterſcheidung zu rühmen, welche Stübel zwiſchen der Handlung ſelbſt und den Folgen macht, worauf im nächſten §en des Näheren zurückzukommen ſeyn wird. Gleichwohl iſt nun aber auch die Unwahrheit und Mangelhaftigkeit dieſer Abſtraktion nicht zu verkennen. Zunächſt iſt es, wenn eben von der freien Selbſt-

---

1) Ueber den Thatbeſtand der Verbrechen. §. 24. Dabei bleibt trotz einiger Modifikationen im Begriff der Beihilfe, auch ſeine Schrift über die Theilnahme, ſtehen. Im Gegentheil ſpannt ſie die Rückſicht auf die objektive Kauſalität ſo zum Extreme, daß ſie auf dem Punkte iſt, in das entgegengeſetzte umzuſchlagen, eine Sache, welche nur diejenigen in Verwunderung ſetzen kann, welche von der Dialektik des Begriffs nichts wiſſen.

beſtimmung abſtrahirt werden ſoll, ganz verkehrt, den Begriff der Urheberſchaft auf menſchliche Subjekte zu beſchränken, da er vielmehr mit demſelben Rechte auch den Thieren, ja den Ziegeln auf den Dächern, durch deren Herabſtürzen Menſchen erſchlagen werden, zukäme. Sobald jene Abſtraktion vorgenommen wird, verliert die Betrachtung alles juriſtiſche Intereſſe, ſofern das menſchliche Thun nunmehr bloß als ſelbſtloſes Glied in der Kette des Naturkauſalismus erſcheint und der Begriff der Schuld, der den Nerv der Sache bildet, geradezu preisgegeben wird. Indeſſen wird die Betrachtung hiedurch nicht bloß müßig und unfruchtbar, ſondern ſie führt auch zu poſitiven Irrthümern, ſofern die Abſtraktion doch nicht feſtgehalten, ſondern fortwährend die ſubjektive Seite wieder als Vorausſetzung untergeſchoben, aber auf ungebürliche Weiſe der objektiven Seite untergeordnet wird, — was ſich vornämlich bei den Unterſcheidungen von Haupt= und Neben=Theilnahme, voller und nicht voller Theilnahme, naher und entfernter Theilnahme und den mancherlei daraus gezogenen Folgerungen herausſtellt [1]). Uebrigens iſt kaum zu begreifen, wie Stübel den inneren Widerſpruch überſehen konnte, der in ſeiner, ein Moment zum Ganzen aufſpreizenden, Darſtellungsweiſe liegt. Sogleich nach jener willkürlichen Abſtraktion führt er nämlich die Arten auf, wie ein Subjekt Grund der Exiſtenz eines Verbrechens werden könne, und nennt hier ganz beſonders den intellektuellen Urheber, von dem doch offenbar unter Vorausſetzung jener Abſtraktion ſchlechthin nicht die Rede ſeyn kann. Die genauere Entwicklung des hier Angedeuteten kann jedoch erſt unten gegeben werden.

---

1) Noch viel mehr iſt dieß in Stübel's ſpäterer Schrift der Fall ſ. z. B. S. 11—14. 39. 40.

§. 132.

Das andere weſentliche Moment iſt nun aber 2), daß die Wirkung, worin das Verbrechen ſeine Exiſtenz hat, mit der Handlung im Kauſalzuſammenhang ſtehe. Dieſe Beſtimmung leidet zwar keine Anwendung auf den Fall des bloß verſuchten Verbrechens, weil hier Handlung und Wirkung in Eins zuſammenfallen. Um ſo wichtiger iſt ſie aber für den ſtets einen äuſſeren Erfolg vorausſetzenden Fall des kulpoſen, ſowie für den Fall des vollendeten doloſen Verbrechens. Hier kann es vorkommen, daß der äußere Erfolg, der in der Handlung als reale Möglichkeit lag oder durch dieſelbe beabſichtigt wurde, wirklich eintritt, jedoch nicht in Folge der Handlung, ſondern vermöge einer von derſelben völlig unabhängigen dritten Urſache (dieſe ſei nun an ſich eine Natururſache, oder ſie ſei dieß, wie die Handlung eines Dritten, wenigſtens für den Handelnden). In ſolchem Fall kann nun von kulpoſer Urheberſchaft überall nicht, ebenſowenig aber von doloſer Urheberſchaft eines vollendeten Verbrechens, ſondern nur von der dol. Urheberſchaft eines Verſuchs die Rede ſeyn. Die Kauſalverbindung aber, welche hier gefordert wird, iſt nicht ſo zu beſtimmen, daß die Handlung als nothwendige, oder auch nur als zureichende, vorzügliche, in concreto unentbehrliche Urſache erſcheinen müßte. Vielmehr iſt der adäquate Ausdruck dafür nur der negative, daß nicht die Kauſalität der Handlung durch die einer dritten, von ihr unabhängigen Urſache ausgeſchloſſen ſeyn dürfe. Denn von einer abſoluten Urſache kann in der Sphäre der Endlichkeit, worein die menſchliche Handlung fällt, nicht die Rede ſeyn. Vielmehr ſetzt jede Handlung, um ihre Wirkung zu erreichen, eine Reihe äuſſerer Umſtände und Bedingungen als Nebenurſachen voraus, und nur die Summe aller ſubjektiven und objektiven Bedingungen zuſammen kann als die in concreto nothwendige Urſache der Wirkung prädicirt werden. Deßhalb genügt es,

wenn nur die anderweitigen Bedingungen letzlich durch die Handlung beſtimmt erſcheinen, wenn hiemit die Summe der den Erfolg bedingenden Momente auf den Willen des Handelnden unmittelbar oder mittelbar als auf ihr beſtimmendes Princip zurückgeführt werden muß.

Anm. — Obgleich es von Stübel [1]) ein Fehler war, an dem Begriffe der Urheberſchaft einſeitig ſeine objektive Seite feſtzuhalten, ſo hat er doch in dieſer Sphäre ſelbſt wieder den Rückweg zum Richtigen geöffnet, indem er den von Andern aufgeſtellten Beſtimmungen, daß der Urheber nothwendige Urſache der verbrecheriſchen Exiſtenz ſeyn müſſe, mit wohlberechtigter Kritik entgegentrat. Er unterſcheidet zunächſt a) Urheberſchaft in Beziehung auf die Handlung ſelbſt, und b) in Beziehung auf den Erfolg. ad a) ſagt er nun, man könne nicht fordern, daß in dem Urheber die nothwendige Urſache der Exiſtenz eines Verbrechens liegen müſſe, wenn man auch unter einer nothwendigen Urſache nicht gerade diejenige, ohne welche das Verbrechen phyſiſch unmöglich geweſen wäre, ſondern eine ſolche verſtehe, ohne welche daſſelbe bloß unter den vorliegenden Umſtänden nicht verübt worden wäre. Indem man nämlich nur denjenigen Urheber nenne, ohne deſſen Zuthun die Handlung des Verbrechens ſich nicht zugetragen haben würde, ſo ſei dies für den Fall eines einzigen phyſiſchen Urhebers widerſinnig, für den Fall mehrerer Theilnehmer aber unrichtig, da der Begriff der Miturheber dadurch auf eine nicht zu rechtfertigende Weiſe beſchränkt würde. Dieſe Argumentation hängt nun freilich mit den unrichtigen Deduktionen der Miturheberſchaft bei Stübel zuſammen, und da von dieſer erſt ſpäter die Rede ſeyn kann, ſo mag es hier an dem Angeführten genügen, umſomehr, als

1) Ueber den Thatbeſtand der Verbrechen, die Urheber derſelben ꝛc. 1805.

der Verf. durch die Anwendung des Begriffs der nothwendigen Urſache bei der ſogen. entfernten vollen Theilnahme ſeinen richtigen Anfang ſelbſt wieder preisgiebt. Wichtiger iſt, was er ad b) vorbringt (§. 68 ff.). Auch hier bekämpft er die, beſonders bei der Lehre von der Tödtung ſo verderblich gewordene Forderung, daß der Urheber die nothwendige Urſache des Erfolgs geweſen ſeyn müſſe. Im Gegentheil, ſagt er, hänge der Begriff der Urheberſchaft der Folgen von der Eintheilung derſelben in nothwendige und zufällige (d. h. in ſolche, welche mit der Handlung in einer unzertrennlichen Verbindung ſtehen, ſo daß die Handlung nach Naturgeſetzen ohne ſie nicht denkbar iſt, und in ſolche, ohne welche die Handlung auch vorzukommen pflegt) keineswegs ab, und ebenſowenig komme dabei auf den Unterſchied der allgemeinen oder individuellen Nothwendigkeit und Zufälligkeit etwas an. Sofern er hiemit einerſeits den Begriff des kulpoſen Urhebers retten, andrerſeits den des doloſen Urhebers von der falſchen Beſchränkung auf einen exkluſiv nothwendigen, für ſich allein zureichenden Kauſalnexus befreien will, hat er offenbar vollkommen Recht, und Unrecht wieder nur darin, daß er den Begriff der Urheberſchaft auch da noch für anwendbar erklärt, wo die Folge nicht nur für den Handelnden, ſondern an ſich ſelbſt zufällig war, während doch in dieſem Falle die Handlung wiederum den Charakter eines ganz indifferenten Naturereigniſſes hat, worauf der Begriff der Urheberſchaft ſowenig paßt, als auf die Bewegung eines Thiers oder den Sturz eines Steins. Abgeſehen hievon aber war es allerdings ein Verdienſt Stübels, daß er jene widerſinnige Forderung einer nothwendigen Urſächlichkeit in Beziehung auf den Erfolg angriff und namentlich darauf aufmerkſam machte, daß man unter

dieſer Vorausſetzung von einer intellektuellen Urheberſchaft nie oder nur in den wenigſten Fällen würde ſprechen können (vergl. auch den von ihm angef. Fall, der in Churſachſen vorkam, daß Jemand einem Sperlinge einen brennenden Schwefelfaden in der Abſicht an ein Bein band, damit derſelbe auf ein Strohdach fliegen und dieſes anzünden ſolle, welche Abſicht auch wirklich erreicht wurde, ohne daß man doch ſagen konnte, in der Handlung der Perſon ſei der Erfolg als in ſeiner nothwendigen Urſache gelegen. §. 74). Nicht minder verdienſtlich war es, wenn Stübel den Unterſchied zwiſchen unmittelbaren und mittelbaren Folgen aufgriff und hinſichtlich der letzteren die Behauptung durchführte, daß ſie den Begriff der Urheberſchaft an ſich nicht ausſchließen. Entweder ſei nämlich die Mitwirkung der fremden Kraft eine poſitive, dann bleibe der Urheber der Handlung auch Urheber der mittelbaren Folge, ſobald nur die mitwirkende Kraft entweder erſt ſelbſt als Wirkung aus der Handlung entſtanden, oder wenigſtens in der Handlung die Urſache der Mitwirkung der fremden Kraft enthalten ſei, — was dann an mehreren Fällen durchgeführt wird, wo die mitwirkende Kraft entweder der lebloſen oder der lebendigen Natur angehörte, oder von einem Menſchen ausgieng, (Beiſpiele a) daß Jemand einen Andern auf den Arm geſchlagen und dieſer deswegen eine Lähmung an dem Arme bekommen hatte, weil ſchon vorher die Anlage zur Gicht in demſelben befindlich geweſen war; oder daß Jemand einem Andern Gift beigebracht, der Vergiftete aber von dem Gift ein Erbrechen bekommen hat, wodurch ihm ein Gefäß zerſprengt wurde, was denn ſeinen Tod herbeiführte; b) daß Jemand einen Andern verwundete und verwundet im Walde liegen ließ, wo er ſofort von wilden Thieren gefreſſen wurde, oder den

Hund eines Andern zum Tollwerden reizte, worauf denn der Hund ſeinen Herrn biß, und ihm infolge hievon die Waſſerſcheu beibrachte, an welcher er ſtarb; c) die Fälle der intellektuellen Urheberſchaft [1]). Oder ſei die Mitwirkung der fremden Kraft eine negative, wenn dieſelbe etwas unterlaſſen, wodurch die aus einer Handlung entſtandene Folge hätte verhindert werden können: — hier werde der Begriff der Urheberſchaft nicht ausgeſchloſſen, gleichviel ob der Grund der Nichtverhinderung in der Handlung ſelbſt (z. B. wenn Jemand einen Andern an einem Orte oder zu einer Zeit verwundete, wo die zur Verhinderung der Folge nöthigen Sachverſtändigen oder Mittel nicht zu erlangen waren), oder auſſerhalb der Handlung gelegen habe (z. B. wenn ein Verwundeter noch hätte geheilt werden können, gleichwohl aber an der Wunde ſtarb, weil ſeine Angehörigen aus Nachläſſigkeit oder Bosheit die Anwendung der Rettungsmittel unterließen [2]). — Da Stübel hinſichtlich dieſes Unterſchieds (der unmittelbaren und mittelbaren Folgen) ſelbſt ausdrücklich ſich verwahrt, daß von einer mittelbaren Folge der Handlung dann nicht geſprochen werden könne, wenn die anderweitige Kraft unabhängig von der Handlung in Wirkung getreten ſei, da er alſo hier ſich innerhalb der Grenze der doloſen oder kulpoſen Urheberſchaft hält oder — um in ſeiner Weiſe zu reden — imputatio facti und juris nicht trennt, ſo trifft ihn auch hier der obige Vorwurf nicht, daß er den Begriff der Urheberſchaft auf Fälle ausdehne, wo rechtlich davon gar keine Rede ſeyn kann. — So ſehr nun aber dies

---

1) Stübel a. a. O. §. 81—86.

2) a. a. O. §. 86—95. Vergl. §. 117—165 (welche die Anwendung auf das Verbrechen der Tödtung enthalten).

Alles Anerkennung verdient, ſo iſt gleichwohl zu bemerken, daß Stübel die richtigen Reſultate keineswegs auf befriedigende Weiſe deducirt. In der That konnte er dies auch nicht, da er einen Begriff der Urſächlichkeit vorausſetzt, der philoſophiſch unhaltbar iſt. Er ſagt §. 80: „Daß und wiefern der Urheber einer Handlung auch zugleich Urheber der daraus entſtandenen unmittelbaren Folge ſei, liegt zu einleuchtend in dem Begriffe eines Urhebers, als daß es einer beſondern Demonſtration bedürfte. Da in dem Falle vorausgeſetzt wird, es ſei dieſelbe ganz ohne die Mitwirkung einer andern Kraft und ausſchließlich aus der Handlung entſtanden, ſo muß in dieſer und mithin auch im Handelnden die Urſache der Exiſtenz der Folge gegründet ſeyn.“ Eben hier liegt die Oberflächlichkeit und Dürftigkeit ſeines Princips offen zu Tage. Die Vorausſetzung, die keiner Demonſtration bedürfen ſoll, eben dieſe wäre erſt zu demonſtriren geweſen, wenn die ganze Erörterung irgend ſpekulativen Werth erhalten ſollte. Derſelbe Stübel, welcher ganz richtig behauptet, eine menſchliche Handlung könne nie als nothwendige Urſache eines Erfolgs, ein Menſch könne nie als nothwendige Urſache einer verbrecheriſchen Handlung prädicirt werden, läßt ſich nun doch wieder beigehen, zu behaupten, eine Folge könne unmittelbar und exkluſiv mit Nothwendigkeit aus einer Handlung hervorgehen. Er hätte aber nur die begonnene, unvollkommene Dialektik weiter führen dürfen, um alsbald einzuſehen, daß er in dieſer Sphäre überall mit Kategorieen ſchalte, die darin ohne Brauchbarkeit ſind. Er hätte zu der Einſicht kommen müſſen, daß in der Sphäre der Endlichkeit überall von keinem nothwendigen Kauſalzuſammenhang die Rede ſeyn könne, und daß unmittelbare Folgen einer Handlung ſowenig, als die mit-

telbaren, aus der Handlung allein, ohne Mitwirkung fremder Kräfte entſtehen. Jede Handlung, auch diejenige, welche für die ſinnliche Anſchauung am unmittelbarſten in ihre Wirkung umzuſchlagen ſcheint, hat gleichwohl eine unbeſtimmbare Menge von äuſſeren, in dem allgemeinen Weltzuſammenhange liegenden Umſtänden und Bedingungen zu ihren Vorausſetzungen, ohne welche ſie nicht auf dieſe Weiſe hätte ausſchlagen können. Immer war es nur die Handlung in Verbindung mit jenen anderweitigen Bedingungen, es war nur die Summe aller dieſer Möglichkeiten, wodurch der Erfolg nothwendig und eben deshalb wirklich wurde [1]. Eben darum iſt es aber widerſinnig, in einer Handlung die nothwendige oder einzige Urſache einer verbrecheriſchen Exiſtenz zu ſuchen. Der Fehler wird auch um nichts verbeſſert, wenn man dem Begriff der nothwendigen Urſache mit Feuerbach und Grolman den der zureichenden, oder mit Tittmann den der vorzüglichen, oder mit Andern den der in concreto unentbehrlichen Urſache ſubſtituirt. Denn zureichende Urſache iſt die menſchliche Handlung nie, eben weil ſie die Mitwirkung des vom Menſchen nicht ſchlechthin beſtimmbaren Naturkauſalismus vorausſetzt. Vorzüglich iſt ein ganz unbeſtimmtes Prädikat. In concreto unentbehrlich aber iſt jede der mitwirkenden Bedingungen, inſonderheit auch die, daß der Gegenſtand

---

1) Dies ſieht denn auch Stübel ſelbſt wohl ein, ja in ſeiner Schrift über die Theilnahme deutet er den Satz in Beziehung auf mehrere zu einem Verbrechen mitwirkenden Menſchen bis zum Ueberfluſſe aus. Nur freilich bleibt er dann bei der objektiven Kauſalität ſtehen und ignorirt den höchſt weſentlichen Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe ſo gut als ganz. Denn, was er noch als Beihilfe gelten läßt, iſt kaum der Mühe der Abtheilung werth. S. 92 oben.

der Verletzung eben dieſer Verletzung ſtillhält, daher man denn auch konſequenter Weiſe denjenigen, welcher von einem Dritten umgebracht wird, als einen Miturheber ſeiner eigenen Tödtung betrachten müßte (eben wie die trägen Pferde bei Stübel, §. 94, als Miturheber eines Raubmords). Die praktiſchen Mißſtände bei allen dieſen Bezeichnungen zeigen ſich zwar erſt bei der Lehre von der Miturheberſchaft und vom Unterſchiede zwiſchen Urheber und Gehilfen. Aber eben daraus erhellt wieder, wie nothwendig es für die praktiſche Brauchbarkeit eines Strafrechtsſyſtems iſt, in den theoretiſchen Grundlagen Verwirrung zu vermeiden, wie thöricht daher diejenigen ſind, welche die philoſophiſchen Erörterungen hierüber als müßige Schulfragen abweiſen. Im Falle eines einzigen Urhebers mag man alſo immerhin mit jenen Bezeichnungen auszukommen meinen, da ſie doch alle wenigſtens negativ richtig ſind, d. h. die Ausdehnung des Begriffs der Urheberſchaft auf ſolche Fälle verbieten, wo der Erfolg aus einer von der Handlung überall unabhängigen Urſache entſtanden iſt. Aber dieſer negative Gewinn iſt ſehr gering, ſobald man nur etwas tiefer auf die Sache eingeht und die Bemerkung macht, daß mit dieſer einſeitigen Auffaſſung der objektiven Kauſalität der Begriff der Urheberſchaft ganz in's Unbeſtimmte zerfließt, ſo daß er entweder auf Handlungen keine Anwendung findet, welche offenbar als zurechenbare Bedingungen eines Erfolgs gelten müſſen, oder umgekehrt auf Handlungen ausgedehnt wird, welche in Wahrheit keine Handlungen, ſondern rechtlich als indifferente Naturereigniſſe zu betrachten ſind. Aus dem Geſagten rechtfertigt ſich denn die im §. gegebene Beſtimmung, welche die Handlung als Einheit ihrer objektiven und ſubjektiven Seite zur Grundlage hat, wornach daher als Urhe-

der nur der betrachtet werden kann, auf deſſen ſubjektive Kauſalität die Summe der den Erfolg bedingenden Momente als auf ihr beſtimmendes Princip unmittelbar oder mittelbar zurückgeführt werden muß.

Indeſſen wird hie und da ſogar jener negative Satz, in welchem die Meiſten übereinſtimmen, in Zweifel gezogen, freilich wohl mehr um poſitivrechtlicher Gründe willen. So behauptet Wächter[1]): Wenn der Tod infolge einer Handlung gewiß hätte erfolgen müſſen und nur aus dem Grunde nicht erfolgt ſei, weil ihn eine zweite dazu kommende Verwundung unmittelbar herbeigeführt habe, ſo ſei auch der Urheber jener erſten Handlung als Urheber der vollendeten Tödtung anzuſehen, — was denn konſequenterweiſe auch dann behauptet werden muß, wenn die unmittelbare Herbeiführung des Todes nicht durch eine menſchliche Handlung, ſondern durch ein Naturereigniß erfolgte. Dieſe Anſicht iſt auch in neuere Strafgeſetzbücher übergegangen, z. B. das Bairiſche, Art. 154 und das Wirtemb. Art. 235. Es iſt nun hier nicht der Ort, näher auf die bekannte Stelle von Julian, auf die ſich Wächter beruft, einzugehen und zu zeigen, daß ſeine Entſcheidung ganz nur vom Standpunkte des Privatdelikts und der Schadenserſatzpflicht ausgeht und den Fall vorausſetzt, wo angenommen wird, beide Verwundungen zuſammen haben den Tod bewirkt, weil ungewiß blieb, welcher von beiden der Erfolg zuzuſchreiben ſei[2]). Betrachtet man aber die Sache, abgeſehen vom poſitiven Recht, ſo muß man jene Anſicht ohnedies für durchaus unrichtig erklären.

---

1) Lehrb. II. §. 162. S. 125.

2) Vergl. Heffter §. 231 n. 7. Marezoll S. 282 n. 1. Luden Abh. II. S. 262—273.

Denn, wenn man zwar keineswegs, wie die Meiſten thun, ſoweit gehen darf, einen nothwendigen Kauſalnexus zum Begriff der Urheberſchaft zu fordern, ſo muß man doch, wenn man nicht abſolut willkührlich verfahren will, andrerſeits den Begriff der Urheberſchaft des Erfolgs da ausſchließen, wo der Erfolg durch eine von der Handlung des Thäters völlig unabhängige Urſache bewirkt wurde, z. B. durch einen Blitz, Einſturz der Decke ꝛc., geſetzt auch, es hätte in Ermanglung dieſes Ereigniſſes der Tod aus der Handlung folgen müſſen. Daſſelbe muß dann aber auch von einer zweiten Verwundung gelten, ſobald nur gewiß iſt, daß dieſe unmittelbar den Tod bewirkte und daß ſie auſſer allem Verhältniß mit der erſten Verwundung ſtand. Es iſt alſo in beiden Fällen der erſte Thäter nicht als Urheber eines vollendeten Verbrechens, ſondern nur als Urheber eines beendigten Verſuchs anzuſehen. Daſſelbe iſt von beiden Thätern zu behaupten, ſolang es ungewiß bleibt, welcher von beiden Verwundungen der Erfolg zuzuſchreiben iſt, eben wie man auch, bei aller Wahrſcheinlichkeit eines vollendeten Kindsmords, doch nur Verſuch deſſelben anzunehmen hat, ſolang nicht gewiß iſt, daß das Kind nach der Geburt gelebt hat und lebensfähig war. Die gleiche Ungewißheit iſt hier vorhanden, wenn der Arzt nicht zu entſcheiden weiß, welche von beiden Verwundungen als die unmittetbare Bedingung des Todes anzuſehen ſei. Solange dies ungewiß iſt, ſo iſt es rechtlich ebenſo anzuſehen, als ob der Erfolg gar nicht durch die Handlungen hervorgebracht worden wäre. Nur dann, wenn ſich als gewiß annehmen ließe, daß beide Handlungen den Tod wirklich verurſacht haben, müßten beide Thäter als Urheber der vollendeten Tödtung behandelt werden. Daß ganz andre Grundſätze eintreten, wenn die Hand-

lungen gleichzeitig erfolgen und die Thäter als Miturheber erſcheinen, iſt auch von Luden Abh. II. S. 284 richtig bemerkt worden. Da es nun aber eben nur in dieſem Falle praktiſch bedenklich erſcheinen könnte, das oben vertheidigte Princip anzuwenden, ſo iſt nicht einzuſehen, warum es bei zwei von einander unabhängigen Handlungen nicht Anwendung finden ſoll, da es doch aus dem Begriffe der Urheberſchaft folgt? Sehr richtig ſagt Luden a. a. O. S. 286. 287: „Daß der Tod infolge einer Handlung mit hoher Wahrſcheinlichkeit eingetreten ſeyn würde, kann dem wirklichen Eintritte deſſelben nicht gleich geachtet werden, ebenſowenig als geſagt werden kann, der Tod ſei von einem beſtimmten Menſchen hervorgebracht, wenn die Urſache deſſelben zugleich noch in der Mitwirkung andrer Kräfte liegt, welche nicht mit zu der Handlung jenes Menſchen gerechnet werden können. In der That wird es auch bei andern Verbrechen Niemanden einfallen, Jemanden für den Urheber einer beſtimmten Erſcheinung zu halten, der dieſelbe wahrſcheinlich hervorgebracht haben würde, wenn ſie nicht inzwiſchen von andern Menſchen oder durch andre Urſachen hervorgebracht worden wäre.“ Die Wächter'ſche Anſicht beruht auf demſelben moraliſchen Gefühle, aus welchem man ſich oft gegen die geringere Strafbarkeit des beendigten Verſuchs überhaupt ſträubt. Es iſt aber ſchon oben der Irrthum dieſes Gefühls nachgewieſen worden. Wenn nun, wie Wächter einräumt, jene geringere Strafbarkeit zugegeben werden muß, ſo muß man nicht im konkreten Falle den Grundſatz wieder durchlöchern wollen, weil man etwa meint, ein moraliſch der vollendeten Tödtung Schuldiger werde hier durch den Zufall privilegirt. Denn wegen des Mangels am Beweiſe gilt hier der Thäter einem ſolchen gleich, der

wirklich den Erfolg nicht hervorgebracht und daher auch moraliſch nicht ſo große Schuld auf ſich geladen hat, als wenn er ihn durch eine adäquate Einrichtung ſeiner Handlung hervorgebracht hätte. So irrig es iſt, die objektive Kauſalität einſeitig zu berückſichtigen, ebenſo irrig iſt es auch, auf die ſubjektive einen abſtrakten Werth zu legen und darüber hinwegzuſehen, ob die objektiven Bedingungen des Erfolgs auch wirklich in dieſer Subjektivität ihr bewegendes Princip gehabt haben, ob dieſe ſubjektive Kauſalität auch wirklich zur objektiven geworden iſt, oder nicht.

§. 133.

Zum Begriffe der Urheberſchaft gehört endlich 3) weſentlich, daß der Handelnde bei ſeiner Handlung ſich ſelbſt Zweck geweſen ſei. Denn, war er dies nicht, ſo ſetzte er ſich ſelbſt und ſeine Handlung bloß als Mittel für einen andern Willen, und dieſem ſchrieb er in Wahrheit die Kauſalität zu. Zwar wird ſich zeigen, daß der Handelnde auch in dieſem Falle ſchuldig und verantwortlich bleibt. Aber er iſt es nicht als Urheber. Denn Urheberſchaft iſt der unmittelbare Ausdruck des Kauſalitätsverhältniſſes, welches im gedachten Fall nicht die Perſon des Handelnden, ſondern eine andere zum Träger hat [1].

B. Die Beihilfe und die Anſtiftung.

§. 134.

Der Begriff der Urheberſchaft erſchöpft den Begriff der freien Kauſalität nicht, weil ein Subjekt auch, ohne ſich ſelbſt

1) Vergl. Henke §. 45. Heffter §. 84. Marezoll §. 33. Derſted Grundregeln S. 182 ff. Mittermaier N. Arch. III. S. 125 ff. Mayer Verſuch einer Prüfung der Lehren vom Thatbeſtand und der Thäterſchaft. Viſini in Wagners Zeitſchr. 1833. I. S. 295 ff.

als Zweck ſeiner Handlung zu ſetzen, verbrecheriſche Handlungen in der Art begehen kann, daß es ſich zwar in Beziehung auf die Handlung und ihre Folgen als Kauſalität, dagegen in Beziehung auf den Urheber der Handlung als ein ſelbſt beſtimmtes Mittel ſetzt. Hierin liegt die verbrecheriſche Beihilfe, welche ſomit ſtets das Vorhandenſein eines Urhebers vorausſetzt. Den reinen Gegenſatz zu derſelben bildet die Anſtiftung, als die zunächſt bloß ſubjektive, eine fremde Subjektivität und deren Handlungen zu ihrem Mittel herabſetzende Kauſalität, welche ſomit ſtets das Vorhandenſein eines Gehilfen (im w. S.) vorausſetzt (der übrigens ſeinerſeits als Miturheber oder als bloßer Gehilfe erſcheinen kann).

§. 135.

Das Weſen der Beihilfe und ihr Unterſchied von der Urheberſchaft liegt alſo nicht in der mehr oder minder vollkommenen Wirkſamkeit für die objektive Hervorbringung des Verbrechens, da vielmehr auch ein ſolcher, der das in concreto Unentbehrliche geleiſtet hat, gleichwohl bloßer Gehilfe ſeyn kann. Sondern es liegt allein in dem angef. Momente, daß der Gehilfe ſich ſelbſt als bloßes Mittel für einen Andern ſetzt. Eben darin beruht es auch, daß die Beihilfe für einen geringeren Schuldgrad, als die Urheberſchaft, zu halten iſt [1].

Anm. — Mit der einſeitig äuſſerlichen Auffaſſung der Urheberſchaft hängt es zuſammen, daß Stübel nun auch den Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe nach demſelben äuſſerlichen Maßſtabe beſtimmt. Nach dieſer Anſicht kann nämlich der Unterſchied nur in dem Maße der äuſſeren Wirkſamkeit für den Erfolg liegen. Es wird daher zunächſt nahe und entfernte Theilnahme geſondert, je nachdem Jemand eine zum Thatbeſtande des Verbrechens ſelbſt gehörige Thatſache hervorgebracht

(1 Bauer Abh. I. S. 460. 461.

habe oder nicht. Erſteres ſoll den Urheber, letzteres den bloßen Gehilfen bezeichnen. Uebrigens rechnet Stübel zur nahen Theilnahme weiterhin überhaupt alle bei und während der Verübung des Verbrechens geleiſtete Theilnahme, weil in allen derlei Thätigkeiten doch immer wenigſtens mitwirkende Urſachen zur Exiſtenz des Verbrechens liegen, während in der entfernten Theilnahme nur die Erleichterung des Verbrechens, hiemit nicht die nächſte Urſache des Verbrechens liege. Gleichwohl ſoll auch die entfernte Theilnahme doch wieder aus bloßer Beihilfe in Urheberſchaft übergehen, wenn nämlich von ihr die phyſiſche Möglichkeit der Vollbringung eines Verbrechens abhänge und in dem entfernten Theilnehmer die nothwendige Urſache deſſelben liege; — zu welchem Behufe denn volle und nicht volle, oder Haupt- und Nebentheilnahme unterſchieden werden. Dabei ſoll es gleich ſeyn, ob die entfernte volle Theilnahme in abstracto oder nur in concreto unentbehrlich zur Hervorbringung des Verbrechens geweſen ſei [1]. Mithin fällt hiernach unter die Beihilfe nur noch die nicht unentbehrliche Herbeiſchaffung von Mitteln und Hinwegräumung von Hinderniſſen, nebſt der ſog. Begünſtigung des bereits verübten Verbrechens. Selbſt auf diejenigen, welche ein Verbrechen nicht verhindert haben, da ſie es verhindern konnten, wendet Stübel die Kategorie der Urheberſchaft an, und thut dabei die zu ſeiner übrigen Ausführung nicht paſſende, im Uebrigen aber richtige und den Uebergang zu der richtigen Anſicht andeutende, Aeuſſerung: „daß die Geſetze ſolchen Theilnehmern nicht in allen Fällen die Strafen der wirklichen Urheber androhen, rührt daher, weil bei ihnen die übrigen Erforderniſſe des

1) a. a. O. §. 29—31, 36—38, 40.

Thatbeſtandes ſelten angetroffen werden. Wer z. B. einen Diebſtahl nicht verhinderte, mußte deßwegen nicht eine gewinnſüchtige Abſicht dabei haben. — Dergleichen Miturheber nehmen überdies gewöhnlich kein eigenes Intereſſe bei dem Verbrechen des Andern, und beabſichtigen daſſelbe ebenſo ſelten[1])." — Von dieſer Anſicht wenig verſchieden iſt die von Feuerbach, wornach die Urheberſchaft auf den Begriff des zureichenden Grundes zurückgeführt, hiemit als Beihilfe alle ſolche Akte bezeichnet werden, welche zwar für ſich betrachtet das Verbrechen nicht hervorbringen, aber durch Beförderung der Wirkſamkeit des Urhebers (als Nebenurſachen) zur Entſtehung des Verbrechens mit beitragen. Denn auch Feuerbach rechnet, unter dem Namen eines Hauptgehilfen, zu den Urhebern auch denjenigen, der Hinderniſſe hinweggeräumt hat, welche dem zur That ſchon beſtimmten Willen eines Andern die äuſſere Wirkſamkeit entweder überhaupt oder unter den beſondern Umſtänden unmöglich gemacht haben würden[2]). Es iſt kaum nöthig, mit Henke u. A. beſonders darauf hinzuweiſen, daß ſowohl die Bezeichnung des einfachen, als des Hauptgehilfen bei Feuerbach im offenſten Widerſpruch mit der Bezeichnung des Urhebers ſtehen. Indeſſen kann überhaupt von den verſchiedenen Modifikationen, unter welchen die äuſſerliche Auffaſſung des Kauſalzuſammenhangs (nothwendige, zureichende, vorzüglichſte ꝛc. Urſache) vorzukommen pflegt, abgeſehen werden, da alle dieſe Auffaſſungen endlich darin übereinkommen, Haupt- und Nebenurſachen, in concreto unentbehrliche und entbehrliche Akte zu unterſcheiden und nach dieſem äuſſerlichen, überdies nur quantitativen Unterſchiede die Differenz

1) a. a. O. §. 43—54.

2) Lehrbuch §. 44, 45. Vergl. Bair. Gb. §. 45. Dagegen Oerſted Grundregeln ꝛc. S. 189—191.

zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe zu beſtimmen. Gerade dies iſt ihrer aller gemeinſamer Mangel, der von der unſpekulativen Auffaſſung der menſchlichen Handlung und ihres Verhältniſſes zum Naturkauſalismus herrührt [1]. Alle dieſe Theorieen übertragen unvorſichtig das logiſche Kauſalitätsverhältniß auf das Gebiet der empiriſchen Endlichkeit, wohin es gar nicht paßt, und eben darum müſſen alle ihre auf den objektiven Kauſalzuſammenhang gebauten Sätze nothwendig ſchief ausfallen. Die Wahrheit beſteht aber, wie oben ausgeführt wurde, darin, daß überall von keiner menſchlichen Handlung geſagt werden kann, ſie ſei die nothwendige, einzige, zureichende ꝛc. Urſache eines Erfolgs, daß vielmehr ein Erfolg immer nur aus dem Zuſammenwirken der in der Handlung liegenden mit einer Menge in äuſſerlichen Umſtänden liegender Bedingungen abgeleitet werden könne. Sobald man von der ſubjektiven Seite der Handlung abſtrahirt, ſo ſinken die Momente derſelben ebenſo ſehr zu äuſſerlichen Bedingungen herab, wie ſolches die äuſſeren Umſtände ſind, welche zum Gelingen der Handlung vorausgeſetzt werden. Selbſt die Summe aller gedachten Bedingungen zuſammen kann, ſtreng genommen, nicht als die Urſache des Erfolgs prädicirt werden, ſondern dieſe Summe, ſobald ſie voll wird, iſt der Erfolg ſelbſt. Von einer Urſache kann nur die Rede ſeyn, wo ein bewegendes Princip iſt. Dieſes iſt aber nur der in der Handlung manifeſtirte Wille. Daher kann nur in Beziehung auf den Willen die Handlung als Urſache des Erfolgs prädicirt werden, je nachdem die vom Handelnden unabhängigen

1) Derſelbe Mangel tritt auch bei dem von Rossi III. S. 13 ff. zwiſchen co-délinquant u. complice aufgeſtellten Unterſchiede hervor, ſofern er gleichfalls darauf hinausläuft, ob die Thätigkeit indispensable ſei oder nicht.

Bedingungen entweder als Momente in ſeine Abſicht aufgenommen wurden, oder als wenigſtens vorauszuſehende, aber durch Schuld des Willens nicht beachtete Momente erſcheinen, keineswegs aber, wenn ſie als Momente erſcheinen, die weder vorausgeſetzt wurden, noch vorausgeſetzt werden konnten. — Läßt ſich nun aber der Begriff der Urheberſchaft überhaupt nicht mit Abſtraktion von der Subjektivität beſtimmen, ſo iſt dies noch weniger mit dem Unterſchiede zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe möglich. Soll nämlich dieſer nur von der größeren oder geringeren äuſſeren Wirkſamkeit für den verbrecheriſchen Erfolg abhängig gemacht werden, ſo iſt nicht abzuſehen, wo in dieſem lediglich quantitativen Progreſſe ein qualitativer Abſchnitt geſetzt werden ſoll. Will man aber dies mit der Unterſcheidung von in concreto entbehrlicher oder unentbehrlicher Thätigkeit leiſten, ſo iſt wiederum zu entgegnen, daß man zu einer ſolchen Unterſcheidung vermöge der Natur der menſchlichen Handlung und der Endlichkeit überhaupt gar kein Recht hat, ſofern bei einem beſtimmten Erfolg in der That ſtets nur Alles nothwendig, oder Alles zufällig, oder auch ebenſowohl Alles nothwendig, als Alles zufällig war, und es daher reine Willkühr iſt, das eine als entbehrlich, das andre als unentbehrlich abzuſcheiden [1]). Dieſe Willkühr iſt auch in der That durch die praktiſche Erfahrung ad absurdum geführt worden, ſofern an einleuchtenden Beiſpielen gezeigt wurde, wie jene bloß äuſſerliche Unterſcheidung dazu führt, bloße Gehilfen zu Urhebern hinaufzuſchrauben und wahre Urheber zu bloßen Gehilfen

---

1) Eben dies erkennt Stübel in ſeiner ſpäteren Schrift vollkommen an, aber er bleibt abermals vor dem Ziele ſtehen. S. 18—30, 44—49 (wo eine ſonderbare Anwendung auf den dolus generalis gemacht wird), 67—69.

herabzuſetzen [1]). Aus dem Angeführten erhellt aber auch, daß der, übrigens ſcharfſinnig ausgedachte, Ausweg mit dem Hauptgehilfen (vgl. auch das Wirt. Strafgb. Art. 75, vgl. Oerſted Grundregeln S. 189—195. Hufnagel Komm. I. S. 151—153) den Fehler um nichts verbeſſerte. Vielmehr muß man von der falſchen Abſtraktion, wovon jene Theorieen ausgehen, wieder abſtrahiren, und den Unterſchied zwiſchen Urhebern und Gehilfen in dem im Paragraphen angegebenen ſubjektiven Momente ſuchen, wie dies denn neuerdings von vielen ausgezeichneten Kriminaliſten geſchieht [2]), nur daß ſie in der Regel den mehr moraliſch, als rechtlich, bezeichnenden Ausdruck: Unmittelbares Intereſſe an der That brauchen. Mit Recht nehmen dieſe an, daß man Gehilfe auch dann bleibe, wenn man an der zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlichen Haupthandlung Antheil genommen oder einen ſolchen Beiſtand geleiſtet habe, der zur Realiſirung des Verbrechens in ſeiner vorliegenden Geſtalt unentbehrlich geweſen ſei, ſobald man nur nicht aus unmittelbarem Intereſſe an Begehung des Verbrechens gehandelt habe. Man muß aber noch weiter gehen und behaupten, daß der Gehilfe ſogar die Haupthandlung ſelbſt begehen könne und gleichwohl Gehilfe bleibe, ſobald nur die ebengedachte Vorausſetzung eintrete [3]). — Neuſtens iſt die richtige Anſicht von Luden Abh. II. S. 363 Anm. 1 wieder angegriffen und, freilich mit verſchiedenen Modi-

1) Gönner und Schmidtlein Jahrbücher I. S. 79 ff.

2) Vgl. z. B. Henke §. 45, 76. Tittmann N. Arch. II. S. 369 ff. Wächter I. S. 147, 148. Heffter §. 84, 98, Marezoll §. 33, 45. Bauer Abhandl. I. S. 427—429. Neuſtens Müller de auctorum et ministrorum crim. differ. S. 31—54. Hufnagel I. S. 173, 174. Bad. Entw. §. 114.

3) Heffter §. 84 n. 4.

fikationen, die andre, auf die objektive Kauſalität allein ſehende, vertheidigt worden. Allein was vorläufig die Polemik von Luden betrifft, ſo iſt ſie von vorn herein verfehlt, ſofern er glaubt, gegen die richtige Anſicht das einwenden zu können: daß auch derjenige, welcher zu einem fremden Verbrechen helfen wolle, den Willen habe, daß dieſes Verbrechen begangen werde [1]. Das iſt freilich nicht zu läugnen; denn, wenn der Gehilfe nicht mittelbar das Verbrechen hervorbringen wollte, ſo könnte ja ſeine Handlung überall nicht als eine verbrecheriſche gelten. Allein der große Unterſchied iſt eben der, ob Jemand ſich ſelbſt als Zweck ſeiner Handlung oder ob er dabei ſich ſelbſt nur als Mittel für den Zweck eines Andern ſetzt. Wenn Luden ſagt: „Die weitere Abſicht, welche er vielleicht gehabt, etwa ſich dem Urheber gefällig zu erweiſen oder den erwarteten Lohn zu erhalten, kann juriſtiſch ebenſowenig in Betracht kommen, als der Mörder aufhört, Mörder zu ſeyn, wenn er nur das Beſte ſeines Opfers zu erreichen beabſichtigte," ſo zeigt dies nur eine Verwirrung der Begriffe an. Das iſt allerdings richtig, daß der ſubjektive Zweck des Handelnden neben der formellen Abſicht rechtlich keine Bedeutung hat, ſondern lediglich der moraliſchen Zurechnung anheimfällt. Allein im vorliegenden Fall handelt es ſich keineswegs um eine bloße moraliſche Modalität, ſondern um eine weſentliche Beſtimmtheit der formellen (verbrecheriſchen) Abſicht ſelbſt; es fragt ſich, ob die volle Schuld auch denjenigen treffe,

1) Eben dieſen Einwurf macht auch Stübel Theilnahme, S. 93—95. Aber das von ihm angeführte Beiſpiel eines fälſchenden Weinhändlers zeigt eine auffallende Verwechslung der Begriffe. Die Mittelbarkeit, wovon in der fraglichen Sache allein die Rede ſeyn kann, bezieht ſich nicht auf die materielle Abſicht (den Zweck), ſondern nur auf die formelle Abſicht des Handelnden.

der nicht ſelbſt als die letzte Urſache der verbrecheriſchen Handlung erſcheint, ſondern ſich dabei nur als Mittel für einen fremden Zweck gebrauchen läßt. — Nach allem Bisherigen kann auch der ſchon von Kleinſchrod[1]) gemachte Verſuch, beide Anſichten zu verbinden, nur als mißlungen betrachtet werden. Denn während er §. 197 den Begriff der Beihilfe im Weſentlichen ganz richtig entwickelt, ſo verdirbt er im §. 198 die Sache ſogleich wieder, indem er nun gleichwohl das Hauptgewicht wieder auf die objektive Kauſalität legt und den Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe auf die Unentbehrlichkeit oder Entbehrlichkeit des Beiſtandes reducirt.

Daß nun die Beihilfe einen geringeren Schuldgrad darſtelle, als die Urheberſchaft, das wird faſt allgemein anerkannt[2]). Nur kann freilich von der Anſicht, die ſich einſeitig auf den objektiven Standpunkt ſtellt, nicht der richtige Grund dafür erwartet werden. Denn es kann hiernach, wie dies auch durch Feuerbach[3]) ganz richtig geſchehen iſt, der Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe nur als ein quantitativer beſtimmt und die geringere Strafbarkeit der letzteren nur unter die objektiven Gründe der Strafbarkeit geſtellt, und zwar nur darauf gegründet werden, daß der Urheber die eigentlich wirkende Urſache, der Gehilfe nur die erleichternde Nebenurſache des Verbrechens, die Strafbarkeit aber um ſo größer ſei, je mehr Gründe für das Entſtehen einer Rechtsverletzung in einer Perſon ſich vorfinden. Abgeſehen nun von dem Widerſpruch, daß die Schuld ſich lediglich nach einem objektiven Maßſtab beſtimmen ſoll, iſt eben der Grundunterſchied zwiſchen Haupt- und Nebenurſache ein falſcher

1) Syſtem. Entw. I. §. 197 ff.
2) Mittermaier n. 2 zu Feuerbach §. 45.
3) Lehrbuch §. 112.

und darum die Deduktion von vorn herein verfehlt. Sie iſt es aber um ſo mehr, wenn man nach ihrer Berechtigung in dem Syſteme Feuerbachs fragt. Denn, ſo ſcharfſinnig ſein Ausweg iſt, die Gründe für erhöhte oder verminderte Strafbarkeit überhaupt auf die Gefährlichkeit der Handlung zu reduciren, ſo entſteht doch ſogleich die weitere Frage, mit welchem Rechte behauptet werden könne, daß eine Nebenurſache minder gefährlich ſei, als eine Haupturſache? eben wie auch gefragt werden muß, mit welchem Rechte nach jenem Syſteme der Verſuch für minder ſtrafbar ausgegeben werde, als die Vollendung? Sobald einmal das nicht juriſtiſche, ſondern polizeiliche Princip der Gefährlichkeit aufgeſtellt wird, ſo iſt es reine Willkühr, derlei Unterſchiede zu ſtatuiren. Denn in jenem Princip liegt die Nothwendigkeit, nicht auf das wirkliche, ſondern auf das mögliche Unrecht zu reflektiren, eben deshalb aber bei dem einmal in Thun ausgebrochenen verbrecheriſchen Willen nicht weiter zu unterſcheiden, ob in demſelben mehr oder minder Gründe für die Entſtehung der Rechtsverletzung liegen, ob er der Vollendung mehr oder weniger nahe komme. Das römiſche Recht, welches eben von demſelben Grundſatze ausgieng, der auch der Feuerbachiſchen Theorie eignet, — daß nämlich der widerrechtliche Wille das weſentlich Strafbare ſei (die weitere F'ſche Behauptung, daß deshalb die Strafe auf Repreſſion des böſen Willens gerichtet ſeyn müſſe, iſt freilich nicht römiſch), — das römiſche Recht hat von jenem Standpunkt aus ganz konſequent verfahren [1]), wenn es zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe ebenſowenig, als zwiſchen Verſuch und Vollendung

---

1) Wächter §. 88 n. 78. Vgl. Roßhirt Entwicklung S. 230. Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 45.

unterſchied. Daß dieſelbe Folgerung vom Standpunkte der Feuerbachiſchen Theorie aus gezogen werden müſſe, hat v. Schirach[1]), insbeſondre mit treffender Hinweiſung darauf, daß die Entſtehung der Rechtsverletzung in der vereinten Wirkſamkeit ſämmtlicher Theilnehmer begründet ſei, und daß das Strafgeſetz das Verhältniß, in welchem die Handlung jedes Einzelnen zu der vollbrachten That ſtehe, nicht abmeſſen könne, richtig auseinandergeſetzt. Gleiche Grundſätze befolgt das engliſche und das franzöſiſche Recht[2]). Dagegen hat das kanoniſche und das deutſche Recht den Grundſatz, daß Beihilfe geringer ſtrafbar ſei, als Urheberſchaft. Sehr häufig wird dies mit der Bemerkung erklärt, daß das deutſche Recht den objektiven Geſichtspunkt feſtgehalten habe[3]), und dieſe Bemerkung ebenſowohl auf die P. G. O., als auf das ältere germaniſche Recht ausgedehnt. Allein in dieſer Allgemeinheit iſt die Erklärung jedenfalls falſch, da vielmehr das ältere germaniſche Recht von dem unter dem Einfluſſe der Kirche ausgebildeten deutſchen Rechte wohl unterſchieden werden muß. Was zunächſt das erſtere betrifft, ſo hat Luden ohne Zweifel Recht, wenn er die von den meiſten Kriminaliſten vorgebrachte und neuerdings von Häberlin[4]) ausgeführte Behauptung verwirft, daß nach dieſem Rechte die Theilnehmer alle mit der Strafe der Urheber belegt worden ſeien, weil man nur auf die materielle That Gewicht gelegt habe. Mit Recht ſagt er, daß dies dem objektiven Geſichtspunkte widerſpreche (den freilich Luden

1) N. Archiv. III. S. 415 ff.

2) Blackstone IV. 3. Code pénal. Art. 59, 60. Vgl. Rauter Traité du droit crim. I. S. 204 ff.

3) Luden Abh. II. S. 392. n. 1. vgl. S. 364 ff.

4) Spec. Saxon et Suev. jus crim. p. 2. Vergl. Wächter a. a. O. Jarcke I. S. 222. Heffter §. 82 n. 1.

bei andern Gelegenheiten ebenſo materiell und äuſſerlich auffaßt). Die gleiche Verantwortlichkeit von Urhebern und Gehilfen läßt ſich bei einem zunächſt auf das Thatmoment ſehenden Rechte nur ſo lang erwarten, als es das Strafrecht noch ganz auf das Princip des Schadensersatzes gründet. Dieſem rohſten Standpunkte ſind aber auch die frühſten germaniſchen Rechtsquellen, die wir kennen, im Ganzen durchaus entwachſen. Wenn wir alſo in denſelben gleichwohl eine überwiegende Berückſichtigung des objektiven Geſichtspunkts antreffen ſollen, ſo werden wir dieſelbe wenigſtens in einem ganz anderen Momente zu ſuchen haben. Dieſes ſcheint aber von Wilda[1]) richtig dahin feſtgeſtellt zu ſeyn: daß man jede Miſſethat vorzugsweiſe nach ihrer ſinnlich wahrnehmbaren Erſcheinung auffaßte, daher denn namentlich mehrentheils der phyſiſche Urheber im Vordergrunde der ſtrafrechtlichen Betrachtung ſteht, dagegen der intellektuelle hinter jenen zurückgeſtellt erſcheint. In der That iſt aber das germaniſche Princip[2]) kein andres, als das, welches auch von den oben angef. Rechtslehrern, die aus dem objektiven Geſichtspunkte allein argumentiren, aufgeſtellt wird, d. h. es wird zwiſchen Haupt- und Nebenurſache unterſchieden und derjenige, welcher bloß das Verbrechen eines Andern erleichterte, eben deshalb geringer beſtraft, weil in ſeiner Perſon nur ein entfernterer Grund für die Exiſtenz des Verbrechens vorzuliegen ſcheint. Dabei erſcheint die in den longobardiſchen und angelſächſiſchen Geſetzen vorkommende Befugniß mehrerer Theilnehmer, ſich freiwillig zur Erlegung eines Wergeldes zu vereinigen, — eine Befugniß, die im ſeeländiſchen Recht ſich nur bei kulpoſen

1) Strafrecht der Germanen S. 634.

2) Wilda a. a. O. S. 625—627.

Rechtsverletzungen findet, — als bloße, aus älterer Zeit ſtehen gebliebene, Ausnahme. Die Beſtimmungen über das contubernium [1]), die ohnedies in vielen Beziehungen den juriſtiſchen Geſichtspunkt verläugnen und aus anderweitigen Gründen zu erklären ſind, gehören weniger in das Gebiet der Beihilfe, als in das des Komplotts. Immer aber zeigen ſie ſich, abgeſehen von den willkührlichen Modifikationen, die dabei hinſichtlich der Zahl der in Anſpruch zu Nehmenden ꝛc. vorkommen, als einfache Anwendungen des vorgedachten Princips, ſofern auch hier in der Regel Hauptthäter, nächſte und entferntere Gehilfen unterſchieden werden. Es werden dieſe, bei einfacher Theilnahme vorkommenden, Unterſchiede auf den Fall des contubernium gleichſam als ſtehende Formeln übergetragen, was gerade beweist, wie feſt man an jenem Unterſchiede hielt. Von den Ausnahmen, welche theils einer früheren, theils auch wieder einer reiferen Rechtsbildung (die ſich den Begriff des Komplotts entwickelt hatte) angehören, wird unten die Rede ſeyn. Bei alledem liegt nun aber gleichwohl der tiefere Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe auch jenen älteren germaniſchen Beſtimmungen zu Grunde. Denn nicht nur iſt wahrzunehmen, daß auch das germaniſche Recht, je mehr es ſich ausbildet, um ſo mehr die Bedeutung des intellektuellen Urhebers anerkennt [2]), ſondern ſelbſt da, wo formell noch durchaus der Unterſchied zwiſchen Haupturſache und Nebenurſache feſtgehalten iſt, liegt doch ſtets das richtige Bewußtſein des tieferen, ſubjektiven Unterſchieds gleichſam im Keime zu Grunde, wie denn auch Wilda ganz mit Recht ſagt [3]), das germaniſche Recht verſtehe unter dem Urheber nicht

1) Wilda S. 612—625.
2) Wilda S. 631—633.
3) a. a. O. S. 612.

bloß den, welcher äuſſerlich die auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete Hauptthätigkeit entwickle, ſondern insbeſondre auch den, von welchem die Entſchließung zur That ausgehe, in deſſen Intereſſe ſie vollführt werde. (So iſt namentlich beim contubernium in der Regel von der Ausübung eines Frevels die Rede, der vorzugsweiſe von einem Einzigen zu ſeinem Zwecke, in ſeinen Intereſſen verübt wurde, doch mit Beiſtand eines von ihm dazu geſammelten Gefolges). Eben dieſer Gedanke, welcher im älteren Rechte noch unter dem Formalismus des roheren objektiven Geſichtspunkts verſteckt erſcheint, durfte nur herausgehoben werden [1]), und es war das richtige Princip zur gebührenden Geltung gebracht. Eben dies geſchah aber mit Hilfe des kanoniſchen Rechts, auf welches von Wächter, Henke, Heffter ꝛc. mit Recht der Art. 177 der P. G. O. als auf ſeine Quelle zurückgeführt wird. Iſt nun dem ſo, dann ergiebt ſich von ſelbſt, was von der gekünſtelten Ausführung Ludens zu halten iſt, wornach die Grundſätze des älteren germaniſchen Rechts und ſeine den Formalismus des abſtrakt objektiven Standpunkts an ſich tragenden Beſtimmungen auch noch der P. G. O. unterliegen ſollen. Wie ſchon mehr bemerkt, iſt es charakteriſtiſche Tendenz des kirchlichen Rechts, das Thatmoment ganz hinter das Willensmoment zurückzuſtellen, und dieſe Tendenz tritt nirgends klarer hervor, als in der Entſcheidung des Lyoner Koncils v. J. 1245, wornach ſchon der bloße Auftrag zu einem in der That gar nicht zur Vollziehung gekommenen Verbrechen die

---

1) Im Sachſenſpiegel iſt dies noch nicht der Fall III. 46. Gebildeter erſcheint ſchon der Schwabenſpiegel cap. 162, 174. Ueber Sachſenſpiegel II. 13. III. 1. und Schwabenſpiegel cap. 116, 212. Siehe Luden a. a. O.

Strafe des Urhebers nach ſich ziehen ſoll [1]. Welches große Gewicht dieſer kirchlichen Entſcheidung auch von weltlichen Gerichten und Schriftſtellern beigelegt wurde, zeigen die Aeuſſerungen des Gandinus, Bartolus, Angelus, Augustinus, Menochius u. A. [2]), wenn gleich ſie in dem angef. Falle nur auf eine auſſerordentliche Strafe erkannt wiſſen wollen. In dieſer Reſtriktion liegt eine Zurückführung der einſeitigen kirchlichen Anſicht auf die richtige Mitte ebenſo, wie das kirchliche Recht ſelbſt in dem bekannten c. 6 X. de homicid. durch eine Konceſſion an den objektiven Geſichtspunkt des germaniſchen Rechts ſich bemerklich macht. Hat man beides im Auge, ſo erkennt man leicht, wie die Rechtsbildung, welche der P. G. O. zur Grundlage diente, den richtigen Weg einer Vermittlung des kirchlichen Standpunkts mit dem germaniſchen einſchlug, wodurch ſie eben dahin kommen mußte, den Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe nach ſeinem wahren Principe zu beſtimmen, hiemit aber auch die geringere Strafbarkeit der Beihilfe nur eben aus dieſem Principe abzuleiten. Dieſen Gedanken ſprechen denn auch die mehrgenannten neueren Schriftſteller im Ganzen richtig aus, wenn ſie die geringere Strafbarkeit der Beihilfe durch die geringere Selbſtändigkeit und Befliſſenheit des Willens motiviren (Heffter, Henke). Genauer wäre zu ſagen: der Grund liege darin, daß die volle Schuld nur bei dem angetroffen werde, welcher ſich ſelbſt als Zweck ſeiner Handlung ſetze, während ein verbrecheriſcher Wille, der ſich nur als abgeleitete Kauſalität, mithin relativ nur als Mittel für eine fremde Kauſalität ſetzt, nothwendig geringere Schuld haben muß, als der Wille des Erſteren.

---

1) Cap. 1 de homicid. in VIo.

2) Luden Abh. I. S. 407, 409—411, 420.

§. 136.

Da der Begriff der Beihilfe weſentlich in der Beförderung, d. h. mittelbaren Hervorbringung eines fremden Verbrechens beſteht, ſo kann unter denſelben die Begünſtigung des Verbrechens, d. h. die erſt nach vollendetem und in ſeinem Erfolg entwickelten [1]) Verbrechen eintretende, nicht zuvor verſprochene Beiſtandleiſtung nicht fallen. Denn die hierunter gehörigen Akte ſchließen die Kauſalität in Beziehung auf das beſtimmte Verbrechen aus und erſcheinen deshalb als weniger verbrecheriſch. Ueberhaupt verbrecheriſch bleiben ſie jedoch immer, ſtellen aber ein eigenthümliches Verbrechen dar. Das Geſagte bezieht ſich jedoch nur auf die poſitive, nicht auch auf die negative (nicht vorher zugeſagte) Begünſtigung, welche überall nicht für verbrecheriſch gehalten werden kann.

Anm. — Die Begünſtigung, welche von Stübel §. 40 [2]) zur Beihilfe überhaupt geſtellt iſt, wird mit Recht von Henke, Marezoll, Luden u. A. [3]) ganz aus der Lehre von der Theilnahme am Verbrechen ausgeſchloſſen. Treffend ſagt nämlich Henke, daß der Ausdruck: nachfolgende Beihilfe eine Contradictio in adjecto enthalte, da, was zur Hervorbringung eines Verbrechens beitragen ſolle, mit demſelben zum Wenigſten gleichzeitig ſeyn müſſe. „Soll daher dasjenige hierher gerechnet werden, was man im kriminaliſtiſchen Sprach-

---

1) Sander N. Arch. 1839. S. 262. Mittermaier n. 1—3 zu Feuerbach §. 53.

2) ſ. auch Heffter §. 84. Bauer Abh. I. S. 466. 467.

3) ſ. auch ſchon Kleinſchrod Syſt. Entw. §. 206. und Stübel ſelbſt. Ueber die Theilnahme S. 55—58. der aber ſelbſt die zugeſagte und gewerbsmäßige Begünſtigung nicht als Beihilfe gelten laſſen will. — Bei dieſer Anſicht kann man ganz wohl die Begünſtigung in der von Sander N. Arch. 1838. 1839. ausgef. Weiſe als Nebenverbrechen betrachten.

gebrauch Begünſtigung eines fremden Verbrechens zu nennen pflegt, z. B. Verbergung des Thäters, Beförderung der Flucht deſſelben, Sicherung der Früchte des Verbrechens ꝛc., ſo müſſen dieſe Dienſtleiſtungen im Voraus verſprochen worden ſeyn oder gewerbsmäßig getrieben werden [1])." Letztere Beſtimmung iſt ganz richtig; denn einerſeits gehört ohne Zweifel alle vorher zugeſagte Begünſtigung zur Beförderung des Verbrechens, ſofern der Urheber darauf behufs der Verwirklichung des Verbrechens rechnen konnte; andrerſeits bedarf es hierzu keiner ausdrücklichen Zuſage, da eine ſolche in der Thatſache der gewerbsmäßigen Begünſtigung ſtillſchweigend enthalten iſt. Auch entſpricht dieſen Beſtimmungen die Behandlung der Begünſtigung im römiſchen Rechte. l. 13 §. 3 D. de abig. vergl. mit l. 1. 2 C. de his qui latron. celav. Tit. D. de receptat [2]). Wenn indeſſen Marezoll S. 138 der richtigen Bemerkung, — daß das Moment, welches bei der Beſtrafung des Gehilfen den Maßſtab abgiebt, nämlich der Grad ſeiner Mitwirkung zum Verbrechen, beim Begünſtiger gänzlich mangle, — die weitere Bemerkung beifügt, daß die Begünſtigungshandlung als ein für ſich beſtehendes Polizeivergehen aufzufaſſen ſeyn werde, ſo ſcheint er doch deren verbrecheriſchen Gehalt etwas zu niedrig anzuſchlagen [3]). Denn, wenn man auch die Strenge des älteren römiſchen, wie des ältern, theilweiſe noch in den Rechtsbüchern erſcheinenden,

1) Henke §. 43. vergl. Luden Abh. II. S. 362. Anm. 4. Martin Lehrb. §. 73. Mittermaier zu Feuerbach. §. 53. Zuſatznote 2. Sander N. Arch. 1838. S. 444. vgl. Oerſted Grundregeln S. 197. Rossi III. S. 54—67.

2) A. M. zum Theil Birnbaum N. Arch. 1842. S. 43 ff. Sander ebend. 1838. S. 432—435.

3) Vergl. Sander a. a. O. 1838. S. 438--440. 443—448. 1839. S. 398 ff.

germaniſchen Rechts [1]) für übertrieben halten muß, ſchon deswegen, weil beide Rechte in dieſer Sache von unberechtigten Geſichtspunkten ausgehen, ſo muß doch die Begünſtigung fremder Verbrechen ſtets für ein wirkliches Verbrechen gegen die Juſtizgewalt des Staates angeſehen werden. Kitka über das Zuſammentreffen mehrerer Schuldigen ꝛc. S. 78 rechnet zur Beihilfe (Theilnahme) auch noch ein vorheriges Einverſtändniß mit dem Thäter über einen nach der Vollendung zu nehmenden Antheil am Gewinn. Mit Recht in dem Fall, wo ein ſolches Verſprechen behufs der Nichtverhinderung oder Nichtanzeige gegeben wird. Auſſer dieſem Falle aber kann darin nur wieder ein ſelbſtſtändiges Vergehen gefunden werden (mit Unrecht glaubt Temme Krit. des preuß. Entw. S. 112., es liege darin bloß eine immoraliſche Handlung). S. den Art. 239 des ſächſ. Strafgb. über Parthiererei und Hehlerei in Beziehung auf Verbrechen gegen das Eigenthum. — Vgl. Sander a. a. O. S. 440—443. — Die negative Begünſtigung (durch Nichtanzeige), wenn ſie vorher zugeſagt iſt, von der verbrecheriſchen Beihilfe auszuſchließen, liegt überall kein Grund vor. Dagegen kann dieſelbe, wo ſie nicht vorher zugeſagt war, unter keinen Umſtänden für verbrecheriſch gehalten werden, ausgenommen natürlich, wo die Unterlaſſung eine Verletzung der Amtspflicht darſtellt. Kleinſchrod §. 206. Henke §. 43 a. E. Schröter Handbuch §. 145. Heffter §. 84. a. E. Nur iſt es nicht richtig, wenn das, was von der Nichtanzeige eines begangenen Verbrechens gilt, ohne Weiteres auch auf die Nichtverhinderung eines erſt zu begehenden Verbrechens übergetragen wird.

1) Wilda S. 635—637.

§. 137.

Die Beihilfe muß mithin immer die Bewirkung des Verbrechens zum Zweck haben; eine Mitwirkung liegt aber noch darin, daß eine Dienſtleiſtung nach vollendetem Verbrechen ſchon vor der Vollendung zugeſagt wird. Im Uebrigen kann ſie ebenſowohl phyſiſch, als intellektuell ſeyn, letzteres jedoch nur in Form des Raths, da alle andern Arten intellektueller Einwirkung nur von Seiten eines Urhebers denkbar ſind. Ferner beſtimmt oder unbeſtimmt, je nachdem ſie auf eine einzelne verbrecheriſche Unternehmung, oder auf Verbrechen einer gewiſſen Art im Allgemeinen gerichtet war. Weiter kann ſie in poſitiver oder negativer Beförderung des Verbrechens beſtehen. Letzteres iſt dann der Fall, wenn Jemand in der Abſicht, ein fremdes Verbrechen zu unterſtützen, die Verübung deſſelben nicht hindert, wo er dazu im Stande wäre. Als eine bloße für den Begriff der Beihilfe indifferente Modalität erſcheint es ferner, ob die phyſiſche Beihilfe infolge eines förmlichen Verſprechens oder ohne ein ſolches geleiſtet wird. Willkührlich iſt es jedoch, dieſe verſchiedenen Formen als verſchiedene Schuldgrade zu fixiren, da vielmehr dieſe Unterſchiede fließend ſind und nur das allgemein geſagt werden kann, daß die Beihilfe um ſo intenſiver verbrecheriſch werde, je mehr ſie ſich der Urheberſchaft annähere. Unabhängig hievon iſt jedoch ein Unterſchied, der die größere oder geringere Schuld der Beihilfe durchgängig beſtimmt, nämlich: ob der Gehilfe ein genereller oder ein ſpecieller iſt.

Anm. — Intellektuelle Beihilfe[1]) iſt nur in der Form des Raths (Unterrichts) möglich: und der Rath wird auch gewöhnlich nur als Beihilfe ſich darſtellen, wiewohl allerdings auch wirkliche Urheberſchaft darin liegen

1) Mittermaier N. Arch. III. S. 137. Vgl. Henke Hdb. I. S. 270—272.

kann. Alle andern Arten intellektueller Einwirkung begründen der Natur der Sache nach Urheberſchaft. Denn Befehl, Auftrag, Verführung, Bitten, Drohungen, Verſetzung in Irrthum können, dolus überhaupt vorausgeſetzt, nicht mit der Abſicht bloßer Beihilfe, ſondern nur mit der Abſicht der Urheberſchaft gedacht werden, weil alle dieſe Arten von intellektueller Einwirkung vorausſetzen, daß der Entſchluß zum Verbrechen in einem anderen Subjekte erſt geweckt, oder dieſes wider ſein Wiſſen zu der verbrecheriſchen Handlung beſtimmt, jedenfalls alſo zum bloßen Mittel für den intellektuell Einwirkenden, als den geiſtigen Schöpfer der That gemacht werden ſoll, — während der Rath die Anerkennung eines fremden Subjekts als Selbſtzwecks der Handlung nicht ausſchließt. Wenn daher Heffter (§. 84.) ſagt: Gehilfe ſei auch der, welcher in dem Andern den Entſchluß zum Verbrechen — durch Rath, Zureden, entfernte Drohungen, Verſprechungen u. dgl. — beſtärke oder lebendig erhalte, ſo geht er zu weit, da er hier ſchon die Funktionen eines wahren Miturhebers mit der bloßen Beihilfe vermiſcht. Er fühlt dies auch ſelbſt, wenn er §. 98 n. 2 ſagt: „Man denke nur an Jemand, der den bereits entſchloſſenen Hauptthäter, wenn deſſen Entſchluß von Zeit zu Zeit erkaltet, immer wieder von Neuem anregt und mit Rath unterſtützt: ein Fall, wo man den Gehilfen kaum vom Miturheber wird unterſcheiden können." Man würde überhaupt in dieſer Lehre zu minderſchwankenden Reſultaten gelangen, wenn man den Unterſchied von Urheberſchaft und Beihilfe, wie er oben aufgeſtellt wurde, feſthalten wollte, ſtatt bald ſich mit der einſeitig objektiven Unterſcheidung zwiſchen Haupt- und Nebenurſache, bald mit der einſeitig ſubjektiven Unterſcheidung zwiſchen unmittelbarem und mittelbarem Intereſſe zu behelfen. Nur dieſe

ſchiefen Unterſcheidungen ſind es auch, wodurch ſich die Meiſten beſtimmen laſſen, von bloßer intellektueller Beihilfe zu reden, wenn der intellektuell Einwirkende an einen ſchon für ſich Entſchloſſenen gerathen iſt. Wenn Feuerbach [1]) zur intellektuellen Beihilfe als Requiſit fordert, daß der Wille des Andern zur That ſchon vollkommen beſtimmt geweſen ſei, ſo hat er damit ganz Recht, da er zugleich ſagt, daß dies nur beim Rath ſtattfinde. Ganz etwas Andres iſt aber die gewöhnliche Behauptung [2]), daß auch Auftrag, Befehl ꝛc., wenn ſie einem bereits für ſich Entſchloſſenen ertheilt werden, bloße Beihilfe darſtellen. Darin liegt ein innerer Widerſpruch, wenigſtens bei denen, welche bei eigenem unmittelbarem Intereſſe an der That Urheberſchaft annehmen. Denn dies Moment wird ja keineswegs aufgehoben dadurch, daß es ſich auch bei einem andern Subjekte findet. Offenbar fällt man alſo mit jener Behauptung wieder auf den rein objektiven Standpunkt zurück, indem man hier den Mandatar als Haupturſache, den Mandanten nur als Nebenurſache betrachten zu können glaubt. Vielmehr tritt aber im vorausgeſetzten Falle einfach der Begriff des Verſuchs ein, wie dies auch Wächter Lehrb. I. S. 149 [3]) richtig angiebt. Der Mandant, der Befehlende kann nie anders, denn als Urheber gedacht werden, d. h. als ein ſolcher, der ſich ſelbſt als Zweck ſetzt, (was ja eben darin am Deutlichſten liegt, daß er einen Andern zu ſeinem Mittel machen will). Trifft er nun mit ſeiner Thätigkeit auf einen zuvor ſchon Entſchloſſenen, der das

---

1) Lehrb. §. 50.

2) Grolman Lehrb. §. 33 n. c. Abegg Lehrb. S. 113. Marezoll S. 93.

3) Vgl. Bauer Abh. I. S. 430.

Verbrechen ſofort als ſeine eigene, nicht als des Mandanten Schöpfung verwirklicht, ſo iſt offenbar das Thun des Mandanten ein bloßer Verſuch geblieben; d. h. es iſt in dem Kreiſe der äuſſeren Bedingungen etwas (das Fürſichentſchloſſenſeyn des Andern) eingetreten, was bewirkt, daß die Handlung nicht als das Produkt des Mandanten zur Exiſtenz kommt. Wenn Luden [1]) dieſe Anſicht ebenſo, wie die hier bekämpfte, verwirft, ſo hängt das mit ſeiner ganzen gekünſtelten Anſicht über die Theilnahme am Verbrechen zuſammen, wovon erſt bei der Miturheberſchaft näher die Rede ſeyn kann. Ueber phyſiſche Beihilfe ſ. öſtr. Strafgb. I. §. 5. [2])

Der Unterſchied zwiſchen beſtimmter und unbeſtimmter Beihilfe [3]) wird gleichfalls von Luden verworfen, weil ſich ein verbrecheriſcher Entſchluß gar nicht anders, als in Beziehung auf ein beſtimmtes Verbrechen faſſen laſſe. Aus demſelben Grunde ſei auch der Eintritt in eine Bande nicht als Theilnahme an den noch unbekannten künftigen Verbrechen, ſondern entweder als ein für ſich beſtehendes Verbrechen, oder als eine bloß zu polizeilichen Sicherheitsmaßregeln berechtigende Handlung aufzufaſſen. Allein dieſer Grund iſt ſchief. Denn in der Natur der verbrecheriſchen Abſicht liegt es keineswegs, daß ſie nur in der behaupteten Beſchränkung auf einen individuellen Fall vorkommen könnte. Selbſt in Beziehung auf den Urheber kommt das Gegentheil vor, nicht nur im Fall der Bande, welchen L. ganz

1) Abh. II. S. 352—354.

2) Vgl. Kitka Zuſammentreffen, S. 70—72. Viſini in Wagners Zeitſchr. 1833. I. S. 303 ff.

3) Grolman §. 36 erſte Hälfte, vgl. Konopak A. Arch. VII. S. 311. Wächter l. §. 90 n. 86.

richtig hierherzieht, ſondern auch im Fall des fortge=ſetzten Verbrechens, deſſen Weſen gerade darin beſteht, daß aus einem Generalentſchluſſe eine unbeſtimmte Menge einzelner Akte hervorgeht, überdies bei einer Reihe beſtimmter Verbrechen, die ihre ſpecifiſche Natur gerade in dem Momente des Gewerbsmäßigen haben. Noch viel weniger läßt ſich aber jene Beſchränkung in Beziehung auf die Beihilfe rechtfertigen. Denn wie ſollte man dadurch, daß man eine gewiſſe Art von Verbrechen im Allgemeinen unterſtützt, aufhören, be=ſtimmte Verbrechen zu unterſtützen? Offenbar liegt ja in einer ſolchen allgemeinen Theilnahme an und für ſich ſelbſt die Theilnahme an den beſondern Verbrechen.

Am meiſten beſtritten iſt aber ferner der Unterſchied zwiſchen poſitiver und negativer Beihilfe (von Wächter Begünſtigung vor der That genannt). Während Stübel a. a. O.[1]) §. 43—54 die negativen Gehilfen ſogar in der Regel unter die Miturheber gezählt wiſſen will, ſo wollen mehrere Neueren dieſelben entweder überhaupt nicht mehr als Gehilfen angeſehen, oder ihre Straf=barkeit nur von beſtimmten Pflichtverhältniſſen abhängig gemacht wiſſen[2]). Henke, Mittermaier u. A. geben wenigſtens zu, daß eine ſolche negative Unter=ſtützung, wenn ſie vorher zugeſagt ſei, durchaus zu der verbrecheriſchen Beihilfe gezählt werden müſſe. Nun kann zwar allerdings die Anſicht von Stübel nicht

1) In ſeiner ſpäteren Schrift ſpringt Stübel auch in dieſem Punkte auf das entgegengeſetzte Extrem über. S. 58—62.

2) Feuerbach §. 49. Kleinſchrod §. 201. Grolman §. 35. Wächter I. S. 153. Henke I. S. 281. Marezoll S. 96. 97. Luden Abh. II. S. 236 ff. Roſſi II. S. 67. 68. Carmignani II. S. 406. Mittermaier n. 13 | zu Feuerbach §. 49.

gebilligt werden, bei welcher übrigens zweierlei Punkte zu unterſcheiden ſind. Für's erſte nämlich behauptet er: Wer das phyſiſche Vermögen habe, den Andern von einem Verbrechen abzuhalten, und ſolches zu thun unterlaſſe, in dem liege zugleich mit die Urſache der Exiſtenz dieſes Verbrechens, und er ſei daher als Miturheber zu betrachten. Für's zweite behauptet er: die Nichtverhinderung des Verbrechens eines Andern ſei im Staate (nach dem allgemeinen Staatsrechte) als pflichtwidrig und unerlaubt anzuſehen. Wie nämlich jedes Mitglied der bürgerlichen Geſellſchaft vermöge des bei dem Begriffe des Staats zu Grund gelegten Vereinigungsvertrags die vollkommene Verbindlichkeit habe, den allgemeinen Zweck der Rechtsſicherheit zu befördern, ſo ſei auch jeder Einzelne in derſelben vollkommen verbunden, zur Sicherheit aller Zwangsrechte Alles beizutragen, was in ſeinen Kräften ſtehe, ausgenommen in dem Falle, wo dieſe Pflicht mit dem Rechte und der Pflicht der Selbſterhaltung in eine wahre Kolliſion komme. Mit Recht tadelt er von dieſem Standpunkte aus diejenigen, welche (wie Kleinſchrod u. A.) jene Pflicht auf ſtaatsgefährliche oder Staatsverbrechen oder ſchwerere Delikte beſchränken. Allein, was ſeine eigene Anſicht betrifft, ſo iſt beim erſten Anblick ſo viel klar, daß ſeine beiden Behauptungen nicht neben einander Platz haben. Liegt in der Nichtverhinderung Miturheberſchaft, ſo braucht es der Deduktion einer allgemeinen Staatsbürgerpflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen nicht mehr, vielmehr ſetzt eine ſolche Deduktion das Bewußtſeyn voraus, daß die erſtere Anſicht nicht genüge. Dies haben denn auch neuere Kriminaliſten wohl eingeſehen. 1)

---

1) S. beſonders Oerſted Grundregeln S. 201—211, der den erſten

Die Polemik gegen Stübel hat aber verſchiedene Wege eingeſchlagen. 1) Sein Satz, daß die Nichtverhinderung Miturheberſchaft involvire, hat eine ausführliche Bekämpfung durch Luden erfahren, deren Reſultat iſt, daß in der Nichtverhinderung überall keine Theilnahme an fremden Verbrechen, alſo weder Miturheberſchaft noch Beihilfe liege, daß dieſelbe vielmehr bloß als eigentliches Unterlaſſungsverbrechen ſtrafbar ſeyn könne. 2) Eben hievon gehen auch Andre aus, die gleichwohl die Nichtverhinderung bei der Theilnahme an Verbrechen überhaupt als negative Beihilfe aufführen. Denn, indem ſie darin nur in gewiſſen beſonderen Fällen eine ſtrafbare Theilnahme erblicken wollen, ſtellen ſie ſich ganz auf den Standpunkt des bloßen Polizeivergehens und haben mit jener Subſumtion unter den allgemeinen Begriff der Theilnahme, der keine Reſtriktion zuläßt, Unrecht. (Feuerbach, Abegg, Heffter, Marezoll u. A.) 3) Konſequenter iſt daher Henke, der gleich Luden die Nichtverhinderung, ſoweit ſie nur partikulär ſtrafbar ſeyn ſoll, unter den Geſichtspunkt des Unterlaſſungsverbrechens bringt, daneben aber noch mit Recht anerkennt, daß wenigſtens die vorher zugeſagte Nichtverhinderung durchaus unter den Begriff der verbrecheriſchen Beihilfe falle [1]. Betrachtet man dieſe Anſichten näher, ſo muß man ad 1 zugeben, daß die Stübel'ſche Anſicht, ſofern ſie in der Nichtverhinderung in der Regel Miturheberſchaft ſieht, ſich nicht halten läßt. Sie beruht auf der unrichtigen Anſicht Stübels über das Weſen der Urheberſchaft überhaupt. Allein

Grund Stübels verwirft, dagegen dem zweiten energiſch beipflichtet.

1) So auch Mittermaier a. a. O.

aus demſelben Grunde kann auch Ludens Anſicht nicht für richtig gehalten werden, wenn dieſer von demſelben Standpunkt aus das gerade Entgegengeſetzte behauptet. Stübel ſagt: in der Nichtverhinderung eines fremden Verbrechens liegt ſtets eine Miturſache ſeiner Exiſtenz: Luden dagegen ſagt, gerade dies ſei nicht der Fall, durch die Nichtverhinderung werde hier nicht das Verbrechen bewirkt, ſie könne gar nicht als Theilnahme an dieſem, welches ſeine zureichende Urſache für ſich habe, angeſehen werden. Beide legen alſo den falſchen Begriff von Urheberſchaft, wie er nach der einſeitigen Auffaſſung der objektiven Kauſalität gebildet iſt, zu Grunde. Dabei hat Stübel das richtige Gefühl, daß hier der Begriff der Theilnahme anſchlage, Luden das richtige Gefühl, daß hier in der Regel nicht von Miturheberſchaft die Rede ſeyn werde. Die Wahrheit iſt aber, daß hier in der Regel verbrecheriſche Beihilfe vorliegen wird, wiewohl ſich allerdings auch wohl der Fall einer wahren Miturheberſchaft denken läßt. Auch Luden giebt zu, daß, ſobald in der Nichtverhinderung wirklich die Urſache des Eintritts der verbrecheriſchen Erſcheinung gefunden werden könne, allerdings von Urheberſchaft die Rede ſeyn müſſe. Abh. II. S. 252 n. 1. Er läugnet nur, daß dies ſchon von einer ſolchen Nichtverhinderung geſagt werden könne, welche bloß darin beſtehe, daß man das verbrecheriſche Vorhaben eines Andern nicht zur Anzeige bringe oder dieſen nicht durch phyſiſche oder moraliſche Mittel abhalte. Allein eben dieſes Läugnen beruht nur auf dem vorausgeſetzten falſchen Begriff von Urheberſchaft. Zur Beihilfe gehört ja nun aber keineswegs, daß man eine unentbehrliche Miturſache des Verbrechens werde, ſondern es genügt, daß man in böſer Abſicht die Verübung eines Verbrechens durch

einen Andern erleichtre. Unzweifelhaft kann dies auch dadurch geſchehen, daß man ihn nicht, wo man es könnte, durch phyſiſche oder moraliſche Mittel von der Begehung des Verbrechens abhält, ſo wie dadurch, daß man ſein verbrecheriſches Vorhaben nicht zur Anzeige bringt, den Bedrohten nicht warnt ꝛc. Weil dieß eben ſo offenbar iſt, ſo macht Luden noch die weitere Konceſſion, daß auch die Nichtverhinderung dann als Theilnahme behandelt werden ſoll, wenn nachgewieſen werden könne, daß das Verbrechen, welches der Andre begeht, ohne jene Unterlaſſung nicht begangen worden wäre, namentlich alſo, wenn das Verhältniß der beiden Perſonen, des Thäters und des Mitwiſſers, von der Art ſei, daß dieſem ein rechtlich anerkannter Einfluß auf jenen zuſtehe. Allein, da es eben auf dieſe bloß objektive Kauſalität nicht ankommt, die Theilnahme vielmehr lediglich darin beruht, daß man ein fremdes Verbrechen entweder zu ſeinem eigenen Zwecke oder ſich zum Mittel dieſes Zwecks als eines fremden macht, ſo kann auch jene Beſchränkung nicht begründet ſeyn. Man muß nur immer wohl im Auge haben, daß das Nichtverhindern allein noch keine verbrecheriſche Beihilfe ausmacht, ſondern nur das doloſe Nichtverhindern, und daß dieſer dolus dem Mitwiſſer bewieſen werden muß. Bedenkt man dies, ſo wird man in der Anerkennung des hier vertheidigten Satzes keine Gefahr für die bürgerliche Freiheit finden. Eben dieſe Furcht ſcheinen aber die ad 2 angeführten Kriminaliſten zu haben, welche jedenfalls darin fehlen, daß ſie von einer verbrecheriſchen negativen Beihilfe überhaupt ſprechen und gleichwohl dieſen, ſeiner Natur nach generellen, Begriff nur auf ſpecielle Fälle anwenden wollen. Will man Letztres, ſo muß man Erſtres nicht wollen. Man muß dann,

wie Luden, aufhören, von verbrecheriſcher Theilnahme mittelſt Nichtverhinderung zu reden [1]), und letztre unter den Geſichtspunkt des (polizeilichen) Unterlaſſungsverbrechens bringen, wo ſich dann fragt, ob mit Recht eine allgemeine Staatsbürgerpflicht zur Nichtverhinderung angenommen werden könne? Eben dies wird nun, gegen Stübel, von Feuerbach u. A. geläugnet; Feuerbach ſagt einfach: an ſich und urſprünglich ſei der Bürger zu Verhinderung fremder Verbrechen nicht vollkommen verpflichtet [2]), deshalb könne hier ein verbrecheriſches Benehmen nur unter Vorausſetzung eines die Verhinderung befehlenden Geſetzes oder einer Amtsverbindlichkeit entſtehen. Damit iſt eigentlich geradezu der Geſichtspunkt des Unterlaſſungsverbrechens aufgeſtellt. Zweideutiger ſagt Abegg [3]): der Fall könne allerdings als negative Beihilfe bezeichnet werden, überall aber müſſe die Unterlaſſung den Charakter einer Handlung haben, darum werde hier näher erfordert, daß es eine poſitive Verpflichtung geweſen ſei, das Verbrechen zu verhindern und anzuzeigen. Allein hiegegen bemerkt Henke ſehr richtig: Wenn man jene Unterlaſſungen eben nur da für ſtrafbar erkläre, wo eine beſondere Verbindlichkeit obgewaltet habe, die durch das Verbrechen bedrohte Perſon zu vertheidigen, oder die Perſon des Verbrechens von rechtswidrigen Handlungen abzuhalten, oder wenn eine durch das Geſetz ausdrücklich auferlegte Verbindlichkeit beſtehe, durch Mittheilung ſeiner Kenntniß von einem bevorſtehenden Verbrechen an die öffent-

1) S. auch Henke I. S. 281, wo dies ganz treffend angedeutet iſt.
2) Vergl. Heffter §. 81. n. 2.
3) Lehrb. §. 76. Zuſatz. Andre, wie Wächter, Marezoll berufen ſich einfach auf das poſitive Recht.

lichen Behörden zur Verhinderung deſſelben beizutragen, ſo erſcheinen ſie freilich als verbrecheriſch, allein nicht ſofern ſie auf das nichtverhinderte Verbrechen bezogen werden, ſondern ſofern ſie als Verletzungen beſondrer Verbindlichkeiten ſich darſtellen. — Ganz richtig. Die Fragen müſſen getrennt werden. Entweder iſt von negativer Beihilfe zu ſprechen, dann können nicht bloß einzelne Fälle als ſtrafbar bezeichnet werden: oder man hat mit Letzterem Recht, dann muß man jenen Begriff verwerfen und ſich überall nur auf den polizeilichen Standpunkt ſtellen. Im bisherigen wurde nun gezeigt, daß allerdings der Begriff der negativen Beihilfe Realität habe. Eben dies giebt nun ad 3 auch Henke zu, indem er nur noch das Requiſit hinzufügt, daß ſolche Beihilfe vorher verſprochen ſeyn müſſe. Es ſcheint dieſe Beſchränkung aber nicht begründet werden zu können. Denn es handelt ſich hier nicht von einer bloßen Begünſtigung des bereits begangenen Verbrechens, wo das gedachte Requiſit allerdings nothwendig iſt, ſondern von einer Erleichterung des erſt zu begehenden. Von ſolcher Beihilfe wird ja aber ſonſt nicht gefordert, daß ſie ausdrücklich zugeſagt ſeyn müſſe, wie ſie denn auch ohnedies vollkommen — und ſelbſt ſo ſtattfinden kann, daß auf ſie gezählt wird. Abgeſehen von dieſer Beſchränkung alſo, muß die Anſicht von Henke für richtig gehalten und nur nochmals beigefügt werden, daß ein weſentliches Requiſit dieſer negativen Theilnahme der dolus iſt, der übrigens nicht bloß dolus des Gehilfen, ſondern auch dolus eines wahren Miturhebers ſeyn kann. — Erkennt man nun dies an, ſo erhält fernerhin die Frage, wie ſie von Stübel aufgeworfen wurde, ob es eine allgemeine Staatsbürgerpflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen gebe, einen andern Sinn. Nämlich zuvör-

derſt iſt es dann bereits entſchieden, daß es eine allgemeine Pflicht gebe, nicht dolose fremde Verbrechen auf die fragliche Weiſe zu befördern [1]). Wenn dann weiter der polizeiliche Standpunkt betreten wird, ſo kann ſich nur noch fragen: Soll überhaupt die Nichtverhinderung, auch die nicht doloſe, mit Strafe bedroht, ſoll daraus ein allgemeines Unterlaſſungsverbrechen gemacht werden, oder ſoll dies bloß für gewiſſe beſondere Verhältniſſe (Amts- Familien-Verhältniſſe ꝛc.) geſchehen? Die ſo geſtellte Frage wäre dann wohl unbedenklich mit Henke dahin zu entſcheiden, daß es eine Schmach für den Staat ſei, in dieſem Punkte ein allgemeines Unterlaſſungsverbrechen zu ſchaffen, daß er vielmehr ſich mit dem Inſtitute der Rechtspolizei zu begnügen und nicht ſeine ſämmtlichen Angehörigen zu Polizeidienern zu machen habe. — Die hier ausgeführten Grundſätze liegen denn auch im Weſentlichen dem gemeinen deutſchen Rechte zu Grunde, und erſt neuere Geſetzgebungen haben die ebengedachte, des Staats nicht würdige Anſicht in's Leben eingeführt.

Auſſer den bisher genannten Unterſchieden wird nun auch der von vertragsmäßiger und zufälliger Beihilfe aufgeführt. Allein alle dieſe Unterſcheidungen können keineswegs zu beſtimmten Schuldgraden fixirt werden, wie dies von Kleinſchrod u. A. [2]) verſucht worden iſt. Vielmehr ſagt Heffter §. 98 n. 2 ſehr richtig: „Es iſt hier durchaus unmöglich, genauere Verhältniſſe der Strafbarkeit aufzuſtellen. So kann bald

---

1) S. auch Bauer Abh. I. S. 424. 456.

2) Syſtem. Entw. §. 199. 202. 204. 206. ſ. auch Henke I. S. 531. 532. Feuerbach §. 114. beſonders aber Vorſt N. Arch. VII. S. 699—703.

negative, bald poſitive Beihilfe ſtrafwürdiger erſcheinen, und ſelbſt die ſogenannte Begünſtigung nach der That ſtrafbarer, als manche vorangehende Theilnahme, beſonders wenn jene ſchon vorher zugeſagt war, oder wenn ſie in einer eigenen Participation an den Folgen und Vortheilen der That ſelbſt beſteht. So kann intellektuelle Beihilfe zuweilen die allerſtrafbarſte ſeyn." Ebenſo unrichtig als allgemeiner Satz iſt, daß der vertragsmäßige Gehilfe ſtrafbarer ſei, als der zufällige. Man kann deshalb eben nur mit Heffter ſo viel ſagen: daß die Strafbarkeit des Gehilfen um ſo größer ſei, je mehr ſich ſein Wille dem des Urhebers genähert und angeſchloſſen habe, ein Unterſchied, der etwas Aehnliches mit dem von unmittelbarer und mittelbarer Beihilfe hat, ſofern man nur dieſen nicht einſeitig objektiv nimmt. Es iſt hier wie beim Verſuch, wo gleichfalls feſtſteht, daß mit der Annäherung an die Vollendung die Intenſität der Schuld wächst, ohne daß gleichwohl der Reichthum des Lebens in beſtimmte Schuldgrade ſich bannen ließe.

Hievon unabhängig iſt nun aber der Unterſchied [1]) zwiſchen generellen und ſpeciellen Gehilfen, und der Satz, daß letztere in der Strafbarkeit von erſteren differiren. Denn dieſer Unterſchied berührt das Weſen der Beihilfe nicht, bezieht ſich vielmehr nur auf das perſönliche Verhältniß des Gehilfen zum Gegenſtande des Verbrechens. Gewiſſe Verbrechensgattungen haben nämlich beſondere Arten, die entweder qualificirt, oder privilegirt ſind, bald hinſichtlich des Objekts, bald hinſichtlich der Art der Begehung, bald wegen beſondrer Verhältniſſe des Verbre-

1) Konopak A. Arch. VII. S. 297—331. Feuerbach §. 52. Wächter §. 89. n. 80. Vergl. auch Brakenhoeft N. Arch. 1840. S. 410—433. Viſini in Wagners Zeitſchr. 1833. I. S. 304—317.

chers zum Gegenſtande des Verbrechens. Von den letzteren Fällen iſt nun hier allein die Rede. Daher kann das von Grolman §. 36. n. b angef. Beiſpiel des Diebſtahls durch Einbrechen nicht für paſſend erachtet werden. Verbrechen nämlich, die durch ihr Objekt oder die Art der Begehung qualificirt ſind, wie der Kirchendiebſtahl oder der gefährliche Diebſtahl, ſind es ſchlechthin. Hier kann es zwar vorkommen, daß der Gehilfe in der Meinung iſt, nicht zu einem qualificirten, ſondern nur zu einem einfachen Verbrechen mitzuwirken; dann verſteht ſich, was Grolman ſagt, von ſelbſt, d. h. daß er nur als Gehilfe des einfachen Gattungsverbrechens ſtrafbar iſt, während er, ſobald er den wahren Sachverhalt kennen würde, als Gehilfe des qualificirten Verbrechens zu behandeln wäre, — weil für die Qualifikation in einem objektiv allgemeinen Momente liegt. Daß mithin im erſten Fall hier der Gehilfe — nach Grolmans Ausdruck — bloß genereller Gehilfe iſt, folgt einfach aus den bekannten Grundſätzen über den faktiſchen Irrthum. Allein eine ganz andere Frage iſt es, ob der Gehilfe, der zu ſolchen Verbrechen mitwirkt, welche wegen beſondrer perſönlichen Verhältniſſe qualificirt oder privilegirt ſind, (wie Verwandtenmord, Familiendiebſtahl) auch dann, wenn er um die Qualifikation weiß, bloß genereller Gehilfe bleibe, oder ob er durch dieſes Wiſſen ſpecieller Gehilfe werde? Letzteres behauptet Luden Abh. II. S. 356 ff. In erſter Linie ſagt er es zwar nur in Beziehung auf die von ihm ſogenannte: wechſelſeitige Theilnahme, womit er, wie es ſcheint, die ſonſt gangbare Bezeichnung: Komplott und vertragsmäßige Beihilfe erſetzen will. Allein, da er auch für die von ihm ſogenannte einſeitige Theilnahme (die auch wechſelſeitig vorkommen könne), alſo wie es

ſcheint, für den Fall zufälliger Miturheberſchaft oder nicht verſprochener Beihilfe im Weſentlichen daſſelbe behauptet, ſo kann gleich hier darauf eingegangen werden. Wenn gleich nämlich zwiſchen dem Fall der wechſelſeitigen Theilnahme einerſeits, und dem Fall der einſeitigen oder wechſelſeitig-einſeitigen Theilnahme andrerſeits bedeutende Verſchiedenheiten eintreten ſollen, ſo ſollen doch dieſe Verſchiedenheiten nicht auf den Theilnehmer, ſondern nur auf den, an deſſen Handlung Theil genommen wird, ſich beziehen, d. h. alſo, die Beihilfe ſoll in beiden Fällen gleich behandelt werden. Der Grund des erhobenen Widerſpruchs liegt nun in der Behauptung: Theilnahme am Verbrechen eines Andern könne ſchlechthin nur dadurch entſtehen, daß ſich der Theilnehmer den verbrecheriſchen Entſchluß eines Andern aneigne, daß er eben den Entſchluß des Andern ganz auch zu dem ſeinigen mache. Nun könne dies natürlich nur inſoweit geſchehen, als dem Theilnehmer der fremde Entſchluß bekannt ſei (ſ. Grolman in der o. a. Stelle). Allein, ſoweit eben der Theilnehmer den fremden Entſchluß kenne, werde er nicht bloß genereller, ſondern auch ſpecieller Theilnehmer, mithin z. B. nicht bloß Gehilfe eines gemeinen Mords, ſondern eines Verwandtenmords (wenn er gleich ſelbſt ein extraneus ſei), nicht bloß Gehilfe eines gemeinen Diebſtahls, ſondern eines Familiendiebſtahls (wenn gleich er ſelbſt nicht in einem Familienverhältniſſe mit dem Beſtohlenen ſtehe). Nur bei der einſeitigen Theilnahme könne es vorkommen, daß der Theilnehmer ſpecieller Theilnehmer werde, während der Andere bloß das Gattungsverbrechen begehe, z. B. wenn die von einem extraneus verübte Ermordung, an welcher er Theil nahm, gegen einen Verwandten des Theilnehmers gieng. — Man könnte nun zunächſt daran denken,

die auffallende Behauptung Ludens dadurch zu erklären, daß er den oben angef. Unterſchied zwiſchen den Gründen, aus welchen ein Verbrechen qualificirt, beziehungsweiſe privilegirt ſeyn kann, überſehen habe. Allein dieſe Erklärung ſchneidet er ſelber ab, indem er ausdrücklich ſagt: man ſolle nicht einwenden, bei der Species mancher Verbrechen ſei es, um ſich ihrer ſchuldig machen zu können, ſchlechterdings nothwendig, daß ſich der Handelnde in den beſonderen Verhältniſſen befinde, welche zu ihrem Thatbeſtande vorausgeſetzt werden, ſo daß der Theilnehmer, wenn er ſich nicht in dieſen Verhältniſſen befinde, doch nur genereller Theilnehmer ſei, d. h. nur an der Verbrechensgattung Theil genommen habe, zu welcher jene Species gehöre. Gegen dieſe allerdings ſehr treffende Einwendung ſucht er zweierlei geltend zu machen, a) die beſonderen Verhältniſſe, in welchen der Thäter etwa ſich befinde, können überhaupt nicht zum Thatbeſtande des Verbrechens gerechnet werden. b) aus der realen Wahrheit der Dinge folge, daß derjenige, welcher ſich den Entſchluß eines Andern aneigne, auch an der Species des Verbrechens Theil nehme, wenn der Entſchluß des Letzteren wirklich auf dieſe Species gerichtet geweſen ſei. — ad a) geht die Anſicht Ludens Abh. II. S. 153. n. 1. näher dahin: daß die qualificirten und privilegirten Verbrechen eigentlich gar nicht als Unterarten eines Gattungsverbrechens, ſondern als ſelbſtſtändig eigenthümliche Verbrechen bezeichnet werden ſollten, und daß man daher ſehr Unrecht thue, das in perſönlichen Verhältniſſen liegende qualificirende (oder privilegirende) Moment als objektives Requiſit in den Thatbeſtand aufzunehmen, da doch z. B. zum Thatbeſtand des Verwandtenmords nur die Abſicht, einen Verwandten zu morden, gehöre, ſo daß eines Theils nicht

immer Verwandtenmord vorliege, wenn der Mord gegen einen Verwandten gerichtet geweſen ſei, und andern Theils auch noch von Verwandtenmord die Rede ſeyn könne, wenn die Richtung der Handlung gegen eine nicht verwandte Perſon gegangen ſei. — Man könnte ſich nun zuvörderſt wundern, daß der ſonſt ſo eifrig den objektiven Standpunkt ausbeutende Verf. hier auf einmal der ſubjektiven Seite ſo große Konceſſionen macht. Allein eben, wenn man ſeine Bemerkung als richtig gelten läßt, muß man ſich noch mehr darüber wundern, wie er ſich gerade hier darauf berufen mag? Zugegeben nämlich, daß das perſönliche Verhältniß zum Ermordeten, Beſtohlenen ꝛc. nicht zum Thatbeſtande des betreffenden Verbrechens gehöre, ſondern nur die Abſicht, einen Verwandten zu morden, zu beſtehlen, daß hiemit, unter Vorausſetzung dieſer Abſicht auch der Mord eines extraneus immer noch wenigſtens verſuchter Verwandtenmord bleibt, — ſo iſt ja doch ſoviel ganz gewiß, daß in dem letzteren Falle der Thäter wenigſtens in der Meinung geweſen ſeyn muß, einen Verwandten zu tödten, daß aber der Geſichtspunkt des Verwandtenmords überall hinwegfällt, wo er nur einen extraneus vor ſich zu haben glaubte und wirklich hatte. Wo nun an der Tödtung eines Vaters durch ſeinen Sohn ein extraneus Theil nimmt da kann offenbar nur der Sohn einen Vater ermorden oder zu ermorden glauben, d. h. nur bei ihm kann (nach Luden) der Thatbeſtand des Verwandtenmords vorliegen; der extraneus aber, der hiezu mitwirkt, kann nicht einen Vater morden, kann ihn nicht zu morden glauben, noch ihn morden wollen, d. h. (nach Luden) für ihn liegt der Thatbeſtand des Verwandtenmords überall nicht vor. Gerade alſo, wenn der Thatbeſtand auf die von L. geforderte Weiſe bezeichnet wird, kann mit erhöhtem

Nachdruck geſagt werden, daß an einem Verwandtenmord ſich überall nur ſolche betheiligen können, welche mit dem Ermordeten in Verwandtſchaftsverhältniſſen, wenn nicht wirklich ſtehen, ſo doch zu ſtehen überzeugt ſind. — Wovon aber ad b) Luden behauptet, es verſtehe ſich von ſelbſt, das folgt vielmehr gar nicht aus der realen Wahrheit der Dinge. Den Entſchluß, einen Verwandten zu morden, kann ſich überall nur derjenige aneignen, welcher ſelbſt ein Verwandter des zu Ermordenden iſt. Denn dadurch, daß ich mir den Entſchluß eines Andern aneigne, kann ich die reale Natur der Dinge nicht verändern, kann nicht den Vater des Andern zu meinem Vater machen, ihn auch nicht dazu zu machen glauben. In der Theilnahme kann doch nicht die völlige Preisgebung des eigenen Selbſt liegen. Wie aber in dieſer Materie die Ausführung Ludens überhaupt voller Widerſprüche iſt, ſo dürfen wir auch hier nicht lange nach einer gerade entgegengeſetzten Behauptung ſuchen [1]). L. giebt ſich die größte Mühe, zu beweiſen, daß man der intellektuellen Einwirkung durch Auftrag, Bitten ꝛc. durchaus nicht die Kraft der Kauſalität zuſchreiben dürfe, da vermöge ſeiner Freiheit jeder Menſch ſeine Entſchlüſſe nur aus ſich ſelbſt ſchöpfen und ſelbſt dafür verantwortlich ſeyn könne. Mit dieſer Berückſichtigung der freien, für ſich ſelbſt ſeienden Subjektivität ſteht es nun doch offenbar in ſchneidendem Widerſpruche, wenn andrerſeits behauptet wird, in der Theilnahme an dem Entſchluſſe eines Andern liege eine dermaßen ſelbſtloſe Hingebung, daß der Theilnehmer nun auch den Vater des Andern als ſeinen eigenen Vater betrachten müßte. Vielleicht könnte man meinen, dieſe

1) Abh. II. S. 349.

Art der Auffaſſung werde gerade durch den hier gegebenen Begriff von Beihilfe begünſtigt; wenn man nämlich auch von mehreren Miturhebern annehmen müſſe, daß jeder nur in ſeinem perſönlichen Verhältniſſe zum Gegenſtand des Verbrechens berückſichtigt werden dürfe, weil ja jeder Urheber ſich ſelbſt als Zweck ſeiner Handlung ſetze, ſo ſcheine man beim Gehilfen gerade umgekehrt dafür halten zu müſſen, daß ihm das Verbrechen ſo zuzurechnen ſei, wie daſſelbe vom Standpunkte des Urhebers aus erſcheine, weil ja der Gehilfe ſich eben nur als Mittel für einen fremden Zweck ſetze, weil er nur eine fremde Handlung unterſtützen wolle. Allein dieſer Einwurf iſt doch nur ſcheinbar. Denn das qualificirende oder privilegirende Moment in den fraglichen Verbrechen iſt eben kein objektiv allgemeines und abſolutes, ſondern nur ein ſubjektiv beſonderes und relatives. Es tritt überall nur zwiſchen Perſonen ein, die wirklich in dem fraglichen Verhältniſſe ſtehen oder zu ſtehen glauben. Eben deshalb kann es aber auf den Gehilfen ſo wenig, als auf den Miturheber, übergehen. Der Gehilfe, der nicht ſelbſt Verwandter iſt, kann ſich gar nicht den Entſchluß zu einem Verwandtenmorde aneignen. Denn der Mord, welchen der Andre begeht, iſt nur für dieſen ein Verwandtenmord, für jeden Dritten aber ein gemeiner; weshalb denn auch nur inſoweit der Entſchluß dazu von dieſem Dritten getheilt werden kann. Wenn er ſich nämlich gleich zum Mittel für einen fremden Zweck macht, ſo kann er doch für dieſen fremden Zweck nur inſoweit verantwortlich ſeyn, als er denſelben möglicherweiſe auch als den ſeinigen ſetzen könnte. Eben dies verbietet aber hier die Natur der Dinge. Der nicht verwandte Gehilfe hilft einen Fremden umbringen oder beſtehlen. Die fraglichen qualificirten oder privi-

legirten Verbrechen müſſen alſo gerade ſo angeſehen und behandelt werden, wie es Luden a. a. O. vom dritten Diebſtahl ganz richtig zeigt, d. h. die qualificirenden oder privilegirenden Momente ſind als bloß perſönliche Schärfungs- oder Milderungsgründe zu betrachten, die den Gehilfen ebenſo wenig berühren, als es ihm aufgerechnet wird, wenn der Dieb, dem er hilft, ein vielleicht zum drittenmal rückfälliger iſt. Was dann die Beiſpiele betrifft, welche Luden aus dem gemeinen Rechte beibringt, ſo iſt über das vom parricidium Heffter §. 255 n. 5 zu vergleichen; das andre (vom Ehebruche) iſt aber ſehr unglücklich gewählt; denn, wenn ein Unverheiratheter, der mit einer Verheiratheten konkumbirt, als Ehebrecher beſtraft wird, ſo liegt der Grund wahrlich nicht darin, daß er ſich den Entſchluß der Letzteren, die Ehe zu brechen, angeeignet hätte, ſondern darin, daß er ſelbſt unmittelbar die Heiligkeit des ehelichen Verhältniſſes verletzt hat (nicht etwa bloß nach kanoniſchem und deutſchem Recht, ſondern ſchon nach römiſchem, welches ihn einen temerator alienarum nuptiarum nennt [1]), wenn es gleich den Ehebruch noch nicht von dem Standpunkte der Heiligkeit des Familienverhältniſſes, ſondern als Injurie gegen den Ehemann auffaßt). Uebrigens tritt auch Luden ſelbſt der richtigen Auffaſſung bei, wenn er bei einſeitiger Theilnahme den Gehilfen zum ſpeciellen Theilnehmer werden läßt, während der Urheber nur das Gattungsverbrechen begeht. Freilich iſt dies wieder eine ſtarke Inkonſequenz, da Luden eigentlich gerade das Gegentheil annehmen, d. h. ſagen müßte: der Sohn, der an dem gegen ſeinen Vater gerichteten Mordplane eines extraneus Theil nimmt,

---

1) Wächter Abh. I. S. 104.

eignet ſich eben nur den Entſchluß dieſes extraneus, d. h. nur die Abſicht zu einem gemeinen Morde an und kann daher nur als genereller Mordgehilfe beſtraft werden [1]. — Sehr lehrreiche Verhandlungen ſind über die vorliegende Frage durch das Wirtemb. Strafgeſetzbuch Art. 87 angeregt worden. Dieſer Artikel ſpricht eben die Anſicht von Luden aus, freilich nicht, ohne ſelbſt ſogleich eine bedeutende Ausnahme hinſichtlich reiner Dienſtvergehen zu machen. Seine praktiſche Anwendung bei den Gerichten hat jedoch ſeine gänzliche Unhaltbarkeit in ſo hohem Maße gezeigt, daß ein Gerichtshof darüber das harte Urtheil fällen konnte [2]: „Die Beſtimmung des Art. 87 erſcheint freilich hienach ganz folgewidrig; allein ſie erſcheint ſo nur in dem wahren Lichte, als ein dem ganzen Syſteme des Geſetzes, ſowie den richtigen Grundſätzen der Wiſſenſchaft in gleichem Maße widerſprechendes und eben darum, wie die Erfahrung zeigt, zu den gröbſten Rechtsungleichheiten führendes Einſchiebſel, welches bei der Reviſion des GBs. nothwendig wieder ausgemerzt werden muß.“

§. 138.

Was das Verhältniß der Beihilfe zu andern Schuldunterſchieden betrifft, ſo liegt es 1) in ihrem Begriffe, daß ſie nur in doloſer Weiſe vorkommen kann. Sie ſetzt ſtets das doloſe Verbrechen eines Andern voraus, als den Zweck, wofür ſich der Gehilfe zum Mittel macht. Da nun eben dieſes nur mit dem Bewußtſein geſchehen kann, daß der Urheber ein Verbrechen beabſichtige, die culpa dagegen weſentlich

---

1) Vergl. noch **Rossi** III. S. 53. 54. Das franz. Recht folgt dagegen allerdings der falſchen Regel. **Hellie** II. S. 123 ff. **Rauter** I. S. 213 ff.

2) Hufnagel Komment. III. S. 85.

auf dem Nichtbewußtſein über den verbrecheriſchen Charakter der Handlung beruht, ſo kann es keine kulpoſe Beihilfe geben. 2) Der Unterſchied zwiſchen Verſuch und Vollendung iſt auch auf die Beihilfe vollkommen anwendbar; und es kann die Beihilfe in beiden Formen ſowohl in Beziehung auf ein vollendetes, als auf ein bloß verſuchtes Verbrechen, ja ſogar in Beziehung auf ein bloß verbrecheriſches Vorhaben, das noch nicht bis zum ſtrafbaren Verſuche gediehen iſt, vorkommen.

Anm. — 1) Daß zur Beihilfe dolus gehöre [1], iſt eine wohl faſt allgemein angenommene Anſicht. Dabei entſtehen indeſſen noch einige weiteren Fragen. a) ob es nöthig ſei, daß wirklich von einem Andern ein doloſes Verbrechen bezielt werde? Dieſe Frage wird von Heffter §. 85 bejaht, und zwar mit Recht. In der Anm. fügt er indeſſen bei: Wenn ein Geſetz ausdrücklich gefährliche Handlungen, die zur Ausführung von Verbrechen förderlich ſeyn können, ſtrafe, ſo würde auch von Strafe, unabhängig von der Exiſtenz eines Hauptverbrechens, die Rede ſeyn dürfen, welche Fälle man durch: qualificirte Beihilfe bezeichnen könnte. Allein es iſt wohl klar, daß in ſolchen Fällen nur von der Urheberſchaft in Bezug auf ein eigenthümliches Polizeivergehen die Rede ſeyn könnte. b) Ob zu Begründung der verbrecheriſchen Beihilfe das Bewußtſein genüge, daß die Handlung des Gehilfen zur Verübung des Verbrechens dienlich ſei, oder ob er zugleich die Abſicht haben müſſe, die Mittel eigens zu Verübung des von dem Urheber beſchloſſenen Verbrechens herbeizuſchaffen und auf dieſe Art zur Verübung der That mitwirken zu wollen? Dieſe

---

1) AM. Martin §. 75.

Frage wirft in der angeſ. Weiſe Kitka [1]) auf, und entſcheidet ſich für die erſte Anſicht, indem er ſagt: man dürfe die Beweggründe und Triebfedern, in welchen keineswegs das Weſen des böſen Vorſatzes geſucht werden dürfe, mit dem böſen Vorſatze ſelbſt nicht verwechſeln; das Weſen der Mitſchuld liege lediglich darin, daß der Mitſchuldige wiſſe, er leiſte etwas zum Behuf einer verbrecheriſchen That, abgeſehen davon, ob er auſſerdem noch ein und welches Intereſſe an der Vollführung des Verbrechens habe oder nicht. So richtig das Geſagte iſt, ſo überflüſſig iſt es auch, ſobald man nur den dolus nicht als böſen Vorſatz, ſondern in dem oben ausgeſ. Sinne als Abſicht beſtimmt. Treffender iſt die auch von Kitka noch beigefügte Bemerkung, daß durch die Forderung eines eigenen unmittelbaren Intereſſes an der That der Gehilfe ja gerade zum Miturheber geſtempelt würde.

2) Beſtrittener iſt die Frage, ob es auch einen Verſuch der Beihilfe gebe? [2]) Widerſprochen wurde dies von Feuerbach (Reviſion II. S. 247. 248), weil die Handlung des Gehilfen gar nicht unmittelbar die Hervorbringung des geſetzwidrigen Erfolgs bezwecke und der Gehilfe das Verbrechen gar nicht vollenden könne; man könne zwar von einem Verſuche in Beziehung auf den Akt der Beihilfe ſelbſt ſprechen; allein in juriſtiſcher Hinſicht ſei dies ohne Bedeutung; denn, wären die Vorkehrungen des socius zur Beihilfe conatus delinquendi, ſo müßte ja der Akt der Beihilfe ſelbſt ein delictum

---

1) Ueber das Zuſammentreffen mehrerer Schuldigen ꝛc. S. 61—69. Vrgl. Code pénal. Art. 60 Rossi III. S. 53 ob.

2) Vergl. Bode in Hitzig's Zeitſchr. VIII. S. 61. Dagegen Mittermaier N. Arch. I. S. 79.

consummatum ausmachen; dies widerſpreche aber geradezu dem Begriffe des Gehilfen, der dann Urheber ſeyn würde [1]. — Dies iſt allerdings eine Konſequenz des einſeitig den objektiven Kauſalzuſammenhang beachtenden Standpunkts, welchen Feuerbach in der ganzen Lehre von der Theilnahme am Verbrechen einnimmt. Hiernach kann nämlich die Beihilfe nie Haupturſache, ſondern immer nur Nebenurſache des Verbrechens ſeyn, das Verbrechen ſelbſt alſo nie durch die Beihilfe zu ſeiner Vollendung kommen. Gleichwohl iſt es nun ein saltus in probando, wenn hierauf weiter ſo argumentirt wird: Weil der Grund der Vollendung des Verbrechens nie bloß in der Beihilfe (als einer Nebenurſache) liegen kann, ſo kann die Vollendung überall nur einem Urheber zugeſchrieben werden. Denn offenbar ſind doch Vollendung des Verbrechens ſelbſt — und Vollendung des Akts der Beihilfe zwei ganz verſchiedene Dinge. Möchte es daher immer wahr ſeyn, daß die Vollendung des Verbrechens nie durch die bloße Gehilfenthätigkeit zu Stande kommen könne (was freilich ſelbſt falſch iſt), ſo folgt daraus keineswegs, daß der Begriff der Vollendung überhaupt mit dem des Urhebers in einem unzertrennlichen Zuſammenhange ſtehe, oder daß der Gehilfe, wenn man bei ihm von Vollendung (der Beihilfe) ſpreche, dadurch zum Urheber werde. — Vielleicht haben die neueren Vertheidiger derſelben Anſicht die Mißlichkeit der Feuerbach'ſchen Argumente gefühlt: wenigſtens bringen ſie andre vor. So ſagt Zachariä [2], der gleich Feuerbach anerkennt, „daß es verſchiedene Stufen oder Grade der Beihilfe mit Rückſicht auf das Fort-

---

1) Vergl. Martin Lehrb. §. 82.

2) Verſuch I. §. 39.

ſchreiten der verbrecheriſchen Thätigkeit und der Wirkſamkeit des Gehilfen für das Verbrechen gebe," d. h. alſo, daß der Typus des Verſuchsbegriffs auf die Beihilfe anwendbar ſei, gleichwohl, daß man juriſtiſch von einem ſolchen Verſuche nicht reden könne. Denn hiezu wäre erforderlich, daß der geſetzliche Begriff der Beihilfe gewiſſe, auf das Fortſchreiten der verbrecheriſchen Thätigkeit bezügliche Merkmale an ſich trüge, durch deren Vorhandenſein der vollſtändige Begriff der Beihilfe bedingt würde. Allein dies ſei nicht der Fall, da der vollſtändige Begriff der Beihilfe ſogleich vorhanden ſei, ſobald nur irgend eine auf Beförderung des Delikts gerichtete Handlung in die äuſſere Exiſtenz trete. — Das hat allerdings einigen Schein, ſofern die poſitiven Geſetze, namentlich auch die neuſten, von Beihilfe überhaupt reden es mag viel oder wenig geleiſtet ſeyn, ja ſogar dann ſchon, wenn eine phyſiſche Mitwirkung vor oder nach der That auch nur zugeſagt wird, möge ſie auch gleich hinterher gar nicht geleiſtet werden [1]). Allein damit iſt von den Geſetzen keineswegs geſagt, daß nun auch alle verſchiedenen Grade von Beihilfe, daß namentlich die wirklich geleiſtete mit der bloß verſprochenen über Einen Leiſten geſchlagen werden ſolle [2]). Wenn ſie aber hier einen Unterſchied in der Strafbarkeit ſtatuiren, ſo kann dies ſeinen Grund einzig und allein darin haben, daß ſie die mehr oder minder fortgeſchrittene Thätigkeit des Gehilfen unter das Princip und den Typus des Verſuchs (die mit der Extenſität der Thätigkeit wachſende Intenſität der Schuld) ſtellen. Ganz beſonders klar wird dies aber dadurch, daß die Geſetze die Strafloſigkeit

1) Kitka a. a. O. S. 78.
2) Hufnagel Komment. III. S. 100.

wegen freiwilligen Abſtehens auch bei der Beihilfe eintreten laſſen, da der gedachte Satz ſeine Begründung weſentlich in der innerſten Natur des Verſuchs hat (was von Zachariä §. 40 zwar geläugnet wird, aber umſomehr ohne Grund, da er es nachher ſelbſt behauptet und weitläufig ausführt). Allerdings hat Z. darin Recht, daß ſich nicht objektiv feſtſtellen läßt, wann die Beihilfe vollendet iſt, und daß inſofern ein weſentlicher Unterſchied zwiſchen ihr und der Urheberſchaft ſtattfindet, daher denn auch die Abfertigung des von Hepp ihm entgegengehaltenen apapogiſchen Beweiſes vollkommen gerechtfertigt iſt. Allein bei der Beihilfe tritt ein, was beim Urheber des Hauptverbrechens nicht zuläßig wäre: daß nämlich der Unterſchied zwiſchen Verſuch und Vollendung ſubjektiv, d. h. nach der Abſicht des Gehilfen beſtimmt werden muß. Hat er alſo bloß Beihilfe verſprochen, aber gar nicht, oder nicht im verſprochenen Maße geleiſtet, oder hat er eine nicht verſprochene Hilfe zu leiſten angefangen, iſt aber unter Umſtänden unterbrochen worden, welche keinen Zweifel über eine weiter gehende Abſicht übrig laſſen, ſo iſt bloßer Verſuch der Beihilfe anzunehmen. So nimmt es denn auch das Bair. Strafgb. I. Art. 82 an, und auch nach neuem Wirtemb. Rechte waltet kein Zweifel darüber ob, daß zwiſchen Verſuch und Vollendung der Beihilfe zu unterſcheiden ſei, und daß beiderlei Formen ſowohl bei einem verſuchten, als bei einem beendigten Verbrechen vorkommen können (nur der Umſtand, daß das Wirt. GB. die Vorbereitungshandlungen ſtraflos läßt, bringt einige Modifikationen hervor [1]). Heffter §. 85 n. 3 meint zwar, der Verſuch einer intellektuellen Beihilfe werde

---

1) Hufnagel Komm. III. S. 104—106.

ſich ſchwer annehmen oder zur Gewißheit bringen laſſen. Allein mit Unrecht: denn es kann z. B. Jemand dem intellektuellen Urheber zuſagen, daß er den phyſiſchen mit Rath unterſtützen, ihm Unterricht ertheilen wolle, gleichwohl aber kann dies Verſprechen nicht in Erfüllung gehen, ſei es daß der Gehilfe ſelbſt ſich anders entſchließt, oder daß er durch äuſſere Umſtände verhindert wird, oder daß der phyſiſche Urheber den Rath und Unterricht nicht annimmt u. ſ. f. Man muß daher Bauer [1]) beiſtimmen, wenn er allgemein ſagt: „Die Beihilfe iſt nur eine verſuchte, wenn der Gehilfe durch eine äuſſere Handlung die Abſicht, das Verbrechen eines Andern zu befördern, an den Tag gelegt hat. Vollendet iſt die Beihilfe, wenn der Gehilfe Alles gethan hat, was von ſeiner Seite zur Beförderung des vom Andern beabſichtigten Verbrechens geſchehen konnte oder ſollte. Ob das Verbrechen ſelbſt vollendet wurde oder nicht, darauf kommt es bei dieſer Unterſcheidung nicht an. Es kann zu einem vollendeten Verbrechen eine bloß verſuchte Beihilfe, und zu einem bloßen Verſuche eines Verbrechens eine vollendete Beihilfe geleiſtet ſeyn. Ja die Beihilfe kann vollendet ſeyn, ohne daß das Verbrechen, welches dadurch befördert werden ſollte, auch nur verſucht worden wäre. Wenn z. B. Einer ſein geladenes Piſtol dem Andern zu dem von dieſem beabſichtigten Morde wiſſentlich und vorſätzlich geliehen hat, ſo iſt ſeine Beihilfe vollendet, wenn auch der Andere die Abſicht zu morden ganz aufgiebt, ohne irgend etwas zur Ausführung dieſes Verbrechens gethan zu haben.“ — Es wurde ſchon oben bemerkt, daß die Anerkennung dieſer Sätze praktiſch vornämlich deshalb von Wichtigkeit ſei, damit

1) Abhandl. I. S 459.

der Grundſatz von der Strafloſigkeit des freiwillig auf⸗gegebenen Verſuchs auch auf die Beihilfe angewendet werden könne. Soll dies nun aber wirklich geſchehen können, ſo genügt es nicht etwa daran, daß der Gehilfe bloß einfach ſeine Zuſage nicht erfülle oder bloß einfach von der bereits begonnenen Hilfeleiſtung wieder abſtehe, da in beiden Fällen (auſſer wenn das Verbrechen ſelbſt wirklich infolge dieſes Rücktritts des Gehilfen unterblie⸗ben iſt) immer noch ein Reſt von intellektueller Beihilfe zurückblieb. Sondern es muß der Gehilfe dem Urheber ausdrücklich erklären, daß er auf ihn nicht zu rechnen habe (welcher Effekt natürlich noch gewiſſer darin liegt, wenn der Gehilfe die Obrigkeit zum Einſchreiten veran⸗laßt). Denn erſt durch eine ſolche ausdrückliche Erklä⸗rung wird jener Reſt von intellektueller Beihilfe wirklich neutraliſirt und es iſt nun, wie Hufnagel a. a. O. S. 107 richtig bemerkt, ſo anzuſehen, als ob der Urhe⸗ber nun einen neuen Entſchluß gefaßt habe, die That ohne Beihilfe auszuführen, wofür jener Andere nun natürlich nicht mehr verantwortlich ſeyn könne.

§. 139.

Während der Gehilfe ſich bloß als Mittel für einen fremden Zweck, mithin einen Urheber neben ſich vorausſetzt, ſo beſteht im Gegentheil die Anſtiftung darin, daß ein Subjekt ſich bloß als Zweck und eine fremde Handlung als Mittel zu dieſem Zwecke ſetzt, ſo daß alſo neben dem Anſtifter als ſolchem (denn er kann freilich nebenbei auch ſelbſt als phyſiſcher Urheber auftreten, erſcheint aber dann eben in dieſer Beziehung nicht als Anſtifter) ſtets ein phyſiſcher Ge⸗hilfe vorkommen muß, der ſeinerſeits ſelbſt Urheber oder bloßer Gehilfe ſeyn kann.

§. 140.

Näher enthält aber der Begriff der Anſtiftung dies, daß der Anſtifter auch eine **wirkliche Handlung** eines Andern, hiemit dieſen als freie Kauſalität, als ſein Mittel ſetze. Denn, wo dies nicht ſtattfindet, d. h. wo das Thun des Andern als ein für dieſen ſelbſtloſes erſcheint (wenn er ſubjektiv unzurechnungsfähig oder von dem Erſteren in einen die Zurechnung aufhebenden Irrthum verſetzt oder durch eine die Zurechnung aufhebende Gewalt zu ſeiner Thätigkeit genöthigt iſt), da iſt nur ſcheinbar eine Anſtiftung vorhanden, während in der That der ſcheinbare Anſtifter als alleiniger, mithin auch phyſiſcher Urheber zu betrachten iſt. Derſelbe macht nämlich hier in Wahrheit keine fremde Handlung zu ſeinem Mittel; vielmehr iſt das Thun des Andern ganz wie das Wirken ſelbſtloſer Natururſachen anzuſehen, das, ſofern es lediglich durch die Handlung des Erſteren in Thätigkeit geſetzt wurde, eben nur als deſſen Wirkung erſcheint. Die praktiſche Bedeutung hievon liegt aber darin, daß infolge dieſer Einſicht anerkannt werden muß, ein ſolcher Urheber könne dies auch auf kulpoſe Weiſe werden.

Anm. — So wenig im Uebrigen mit den Behauptungen **Ludens** in der Lehre von der Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen übereingeſtimmt werden kann, ſo iſt er doch gerade in dieſem Punkte unzweifelhaft einem wirklichen Irrthum der gewöhnlichen Doktrin entgegengetreten. Abh. II. S. 333—341 [1]). Denn auch die Bezeichnung: Unfreiwillige Komplicität, welche **Heffter** §. 79 für die fraglichen Fälle braucht, läßt ſich nicht halten, da ſie einen Widerſpruch in ſich ſelbſt enthält. Ganz mit Recht fragt nämlich **Luden**, wie man einer-

---

1) S. übrigens ſchon **Oerſted** Grundregeln S. 183 ff. **Marezoll** S. 93 n. 1. **Viſini** a. a. O. S. 301. **Rossi** III. S. 16.

ſeits von ſolchen Fällen behaupten möge, daß dabei von alleiniger Beſtrafung des intellektuellen Urhebers die Rede ſeyn könne, während man doch andrerſeits dieſelben unter die Rubrik der verbrecheriſchen Theilnahme, der Mitſchuld ſtelle? „Wer wird den Gerichtsdiener, der einem formgerechten Befehle des Richters zufolge einen Unſchuldigen zur Haft bringt, für einen Theilnehmer an dem Verbrechen widerrechtlicher Gefangenhaltung anſehen? oder den Kaſſenbeamten, der unter dem Einfluſſe lebensgefährlicher Drohungen den Räubern den Weg angiebt, auf welchem ſie zur Kaſſe gelangen können, für einen Theilnehmer an dem Raube? oder das Gericht, welches auf den Grund falſcher Zeugenausſagen Jemanden zum Tode verurtheilt, für Theilnehmer an dem Verbrechen der Ermordung? Niemand wird läugnen, daß in den angegebenen Beiſpielen das Verbrechen von demjenigen allein begangen worden iſt, der den Befehl oder die Drohung erlaſſen oder das Gericht in den verhängnißvollen Irrthum verſetzt hatte.“ Indeſſen iſt hier einmal die Aufzählung der Fälle nicht vollſtändig, ſofern dahin vor Allem auch der gehört, wenn Jemand zum Organ ſeiner Handlung einen (ſubjektiv) Unzurechnungsfähigen wählte. Dann wäre genauer — nicht von Befehl, Drohung, oder, wie Heffter thut, von pſychologiſchem Zwang — ſondern von Gewalt zu ſprechen, ſofern der Zwang, Befehl, die Drohung ꝛc. ꝛc. nicht an ſich zu den Gründen gehören, aus welchen die Zurechnung aufgehoben wird, ſondern nur dann und inſoweit die gleiche Folge haben, wenn ſie rechtlich als gleichwirkend mit unwiderſtehlicher Gewalt vorgeſtellt werden [1]. Endlich aber kann von den praktiſchen Folgerungen, welche Luden aus jenem Satze

1) S. Grolman §. 41. N. Arch. vgl. mit §. 23.

ableitet, nur die eine, oben angeführte, anerkannt werden, während bei der andern (S. 341 ff.) ſogleich wieder verkehrte Vorſtellungen über das Weſen der Urheberſchaft ſich einmiſchen. Auch jene muß indeſſen anders begründet werden, als es von Luden geſchieht, der hier ſtets nur vom Geſichtspunkte der Theilnahme, d. h. des Gattungsbegriffs für Miturheberſchaft und Beihilfe ausgeht, während doch die vorausgeſetzten Fälle zur Beihilfe in gar keiner Beziehung ſtehen, ſondern das Intereſſe dabei nur in der Frage beruht, ob derjenige, welcher den Anſtoß zum Verbrechen giebt, als alleiniger Urheber oder als Anſtifter zu betrachten ſei. Abgeſehen davon, hat Luden freilich in der Sache Recht, da allerdings auch vom Standpunkt der Anſtiftung aus (ſ. u.) es vollkommen wahr iſt, daß ſie nur in Form des dolus vorkommen kann, daß man daher ſehr Unrecht hat, auch die vorliegenden Fälle unter den Begriff der Anſtiftung zu ſtellen, ſofern bei ihnen die Urheberſchaft auch in Form der culpa möglich iſt. Der Sache nach erkennt dies auch Heffter, wenigſtens für den Fall der luxuria, an und erwähnt namentlich das Beiſpiel eines ſchlechten Arztes, der Jemanden ein ſchädliches Mittel zum Gebrauch bei einem Dritten anräth. Uebrigens macht Heffter mit Recht auch noch darauf aufmerkſam, daß in den fraglichen Fällen auch der Thäter in culpa ſeyn könne (ſo namentlich, wenn der Irrthum, in welchem er handelte, zu den vermeidlichen gehörte). Wenn nun gleichwohl der Ausdruck: Komplicität, den er wohl eben in dieſer Beziehung gebraucht hat, oben in Anſpruch genommen wurde, ſo lag der Grund hiefür darin, daß a) den Fall angenommen, daß beide in culpa waren, von einer Komplicität dennoch nicht geſprochen werden darf, weil (ſ. unten) die Begriffe des Verſehens und der Komplicität ſich gegenſeitig abſtoßen. b) Den

Fall angenommen, daß der eine in dolus, der Andere in culpa war, nur das Dilemma möglich iſt; aa) der intellektuell Einwirkende war in culpa, der Thäter in dolo; dann iſt nur der letztere als Urheber des Verbrechens zu betrachten, weil, wie unten gezeigt werden wird, intellektuelle Urheberſchaft nur in Form des dolus möglich iſt [1]. bb) Das Verhältniß iſt umgekehrt [2]; dann iſt allerdings Komplicität vorhanden, aber eine bloß äuſſerliche, die als ſolche ſo wenig rechtliche Bedeutung hat, als das Zuſammentreffen mehrerer kulpoſen Urheber.

§. 141.

Die Anſtiftung ſetzt weſentlich dolus voraus. Denn ſobald Jemand darauf ausgeht, eine fremde Subjektivität und deren freie Kauſalität als Mittel für ſich zu ſetzen, ſo kann er dies nur behufs der Realiſirung eines Zweckes, mithin nur abſichtlich thun. Es iſt aber wohl zu bemerken, daß auch hier Abſicht nicht mit Vorſatz gleichbedeutend, daher hier ſo wenig, als bei der Beihilfe, die Form des impetus und der luxuria ausgeſchloſſen iſt. Mittelſt bloßer culpa dagegen iſt Anſtiftung ſchlechterdings unmöglich und ein ſolcher, der etwa aus Verſehen bei einem Andern den Entſchluß zu einem Verbrechen veranlaßt hat, iſt überall nicht als verantwortlich zu betrachten, weil die Vorausſetzung der culpa als verbrecheriſcher Schuld, daß das Subjekt den Erfolg hätte vorausſehen können und ſollen, nur bei Einwirkungen des Subjekts auf den Naturkauſalismus, nicht aber bei Einwirkungen auf die freie und deshalb aller Berechnung ſich entziehende Kauſalität andrer Subjekte, eintritt.

Anm. — Der Sache nach iſt dies von den Meiſten zugegeben. Allein theils nicht aus den richtigen Gründen, theils mit irrigen Modifikationen. Was nämlich Erſteres

1) Abegg Lehrbuch S. 113. Heffter §. 83. n. 4.
2) Marezoll S. 90. n. 2.

betrifft, ſo wird die Nichtverantwortlichkeit deſſen, welcher ohne Abſicht, aus reiner Fahrläßigkeit bei einem Andern den Entſchluß zu einem Verbrechen erregt hat, entweder bloß einfach behauptet (Heffter §. 79 n. 3, Marezoll S. 90 n. 3)[1]), oder ſie wird aus der irrigen, auf die objektive Kauſalität allein fußenden Theorie von der Urheberſchaft abgeleitet (Luden Abh. II. S. 336). Der Grund liegt aber nur in dem oben Angeführten, was übrigens auch von Abegg S. 113 wenigſtens angedeutet wird, wenn er ſagt, der intellektuelle Urheber ſei deshalb immer in dolo, weil er ſich des Andern als Mittels bediene. Was ſodann die unrichtigen Modifikationen betrifft, welche die Meiſten dem Satze geben, ſo iſt zuvörderſt an den vorigen Paragraphen zu erinnern, d. h. zu bemerken, daß die Meiſten den nur vom wirklichen Anſtifter geltenden Satz auch auf die dort angeführten Fälle ausdehnen. Ferner aber beſchränken ſie, wie gewöhnlich, ſo auch hier den Begriff des dolus auf den Vorſatz, während Heffter a. a. O. auch hier das Richtige trifft, wenn er ſagt, daß eine intellektuelle Urheberſchaft auch in der Form der luxuria vorkommen könne, und in der Note 3 von einem „ganz unabſichtlichen Benehmen", als dem Gegenſatze hievon, ſpricht.

§. 142.

Die Anſtiftung ſetzt daher immer neben dem Anſtifter die in einer fremden freien Kauſalität gegründete, und eben dieſem Andern zu dolus und culpa zurechenbare Handlung eines zweiten Subjekts voraus. Als mögliche Mittel ergeben ſich: Rath[2]), Auftrag[3]), Bitte, Verführung, welche Mittel

---

1) Vergl. Abegg N. Archiv XIV. S. 454—458. Wächter ebend. S. 329. Anm. 27. Vgl. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 46.

2) Vgl. Mittermaier N. Arch. VIII. S. 336—342. Simoni II. S. 48.

3) Rossi III. S. 34—42. Simoni II. S. 55.

jedenfalls die Verantwortlichkeit des Angeſtifteten offen laſſen; ferner aber Befehl [1]), Drohung, Verſetzung in Irrthum [2]), ſofern eine derartige Einwirkung im einzelnen Fall die Verantwortlichkeit des Angeſtifteten (wegen dolus oder culpa) nicht abſchneidet [3]).

Anm. — Die Urheberſchaft durch Auftrag wurde geläugnet von Mittermaier N. Archiv III. S. 135. S. dagegen Henke I. S. 267—270 [4]). Daran ſchließen ſich die zwei Streitfragen a) ob auch ein ſtillſchweigender Auftrag zum Verbrechen vorkommen könne? b) ob die Genehmigung dem Auftrage gleich zu achten ſei? Beide Fragen werden mit Recht von den neueren Kriminaliſten geläugnet. Gleichwohl geſchieht auch dies theilweiſe unter Modifikationen, denen man nicht zuſtimmen kann [5]). So z. B. ſagt ad a) Henke ohne Zweifel mit Recht, daß ein bloßes „Geſchehenlaſſen" einem Auftrage nicht gleich geachtet werden könne; und wenn er weiterhin die Anſicht Kleinſchrod's billigt, der in der Nichtverhinderung eines fremden Verbrechens nur Beihilfe ſehen will, ſo wird dies wiederum für die meiſten Fälle das Richtige ſeyn. Nur muß dann, wie oben ausgeführt wurde, für die Nichtverhinderung dolus als Requiſit gefordert und überdies die Möglichkeit ſelbſt einer Miturheberſchaft in dieſer Form freigelaſſen werden; und Henke hätte dann nicht S. 280 ſagen ſollen, daß nur die vorher verſprochene Nichthinderung unter die Beihilfe

---

1) Rossi III. S. 33, 34.

2) Oerſted Grundregeln S. 184—186.

3) Henke I. S. 266—274. Bauer Abh. I. S. 435—440. Kitka a. a. O. S. 50—57. Abegg N. Arch. 1841. S. 400—410.

4) Vgl. Bauer Abh. I. S. 435—437.

5) Daß zur Anſtiftung nicht gerade Worte erforderlich ſind, verſteht ſich von ſelbſt. Abegg a. a. O. S. 410—419.

falle! — Ebenſo willkührlich ſind die Beſchränkungen, welche Luden[1]) geltend macht, daß nämlich das bloße Nichtverhindern nicht ſtrafbar ſei, ſondern nur die Genehmigung des vom Verbrecher ſelbſt eröffneten Entſchluſſes, welche nach dem objektiven Standpunkt des deutſchen Rechts als Nebentheilnahme (Beihilfe) beſtraft werden müſſe. ad b)[2]) wird jetzt wohl überall zugegeben, daß der Satz: in maleficio ratihabitio mandato æquiparatur ſich in keinem Falle, wie die Gloſſatoren und italieniſchen Praktiker — freilich unter bedeutenden Reſtriktionen — es behaupteten, auf bereits vollendete Verbrechen beziehe. Dagegen meint nun Henke, er ſei überall nur auf die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen zu beziehen[3]), während andere ihm auch eine ſtrafrechtliche Bedeutung zuſchreiben; wie denn z. B. Luden darin das ad a) Angef. findet, daß nämlich nach römiſcher Anſicht Jeder durch Einweihung in einen verbrecheriſchen Plan zum Conscius und Socius geworden ſei, ſobald er nicht ausdrücklich ſeine Genehmigung verſagt habe. Am richtigſten ſcheint, was Heffter[4]) ſagt, daß nämlich die Ratihabition eines bereits vollbrachten Verbrechens niemals eine obligatio ad poenam begründen könne, daß es aber ganz anders ſich verhalte mit der Ratihabition eines erſt im Vollzuge begriffenen Verbrechens, worin eine Anreizung zur Beendigung liege. Eine ſolche Ratihabition kann, je nach dem Zwecke des Handelnden, als bloße Beihilfe oder als Miturheberſchaft erſcheinen. Die Beiſpiele übrigens, welche Heffter §. 78 n. 2. beibringt, ſind zwar an ſich

---

1) Abh. I. S. 299. II. S. 253—257, 369.
2) S. Rossi III. S. 55 ff. Hellie II. S. 90. Simoni II. S. 62.
3) Vgl. Marezoll S. 91 in der Anm.
4) §. 83. n. 4. zu §. 78. n. 2. Vergl. Oerſted Grundregeln S. 197—200.

richtig, gehören aber richtiger zu einer andern Frage. Daß Theilnahme an einem vollendeten Verbrechen, worin allerdings natürlich eine Ratihabition deſſelben liegt, ſtrafbar ſei, daß ſie aber ein ſelbſtändiges Verbrechen bilde, iſt ſchon oben vorgekommen.

C. Die Miturheberſchaft.

§. 143.

Die Einheit der im vorigen Abſchnitte in Gegenſatz getretenen Momente, d. h. a) der durch den Willen eines Andern vermittelten Betheiligung, und b) der intellektuellen, eine fremde Handlung als Organ ſetzenden Produktion eines Verbrechens, bildet nun c) die Miturheberſchaft, d. h. dasjenige Verhalten mehrerer Perſonen bei einem Verbrechen, wobei Jeder ſich ſelbſt als Zweck der Handlung und die Andern als ſeine Mittel, daher auch die äuſſeren Handlungen der Andern, ſoweit ſie der allen gemeinſchaftlichen Abſicht entſprechen, als die ſeinigen ſetzt. Hiemit iſt von ſelbſt geſagt, daß von kulpoſer Miturheberſchaft keine Rede ſeyn könne; — nicht, als ob nicht ein rechtsverletzender, durch culpa hervorgebrachter, Erfolg mehrere Urheber haben könnte; aber dieſe mehreren Urheber ſind nicht Miturheber zu nennen, da ihr Zuſammentreffen rechtlich ohne alle Bedeutung iſt, vielmehr die Sache ebenſo ſich verhält, als wenn jeder derſelben das fragliche Verbrechen abgeſondert für ſich begangen hätte. Dagegen ſtellt ſich als Uebergang zum Fall der Miturheberſchaft derjenige dar, in welchem ein Anſtifter eine fremde Subjektivität in der Weiſe zu ſeinem Mittel gemacht hat, daß deren Handlung ihr ſelbſt nur zur culpa zugerechnet werden kann (weil etwa der Irrthum, in welchen ſie durch den Anſtifter verſetzt wurde, ein vermeidlicher war). Hier nämlich iſt zwar gleichfalls noch keine Miturheberſchaft vorhanden, weil wiederum das Zuſammentreffen beider Verſchuldungen rechtlich ohne

Gewicht iſt; aber es tritt hier doch der phyſiſche Urheber neben dem Anſtifter nicht mehr als mechaniſch wirkende Naturkraft, ſondern als freie Kauſalität auf, daher hier überhaupt von Anſtiftung geſprochen werden kann. Allein zur wirklichen Miturheberſchaft erhebt ſich die Anſtiftung erſt dann, wenn der Anſtifter die fremde Subjektivität zu doloſer Theilnahme an ſeinem Verbrechen vermocht hat.

§. 144.

Sonach ſtellt ſich als Fall der Miturheberſchaft 1) zunächſt der eben gedachte dar, d. h. das Verhältniß eines Anſtifters zu einem gleichfalls in dolo befindlichen Angeſtifteten. Es kann aber auch 2) in Mehreren der gleiche dolus unabhängig von einander vorhanden ſeyn und dieſelben zufällig zur gemeinſchaftlichen Begehung des Verbrechens ſich zuſammenfinden, 3) können dieſe Mehreren gegenſeitig zu einander im Verhältniß von Anſtiftern und Angeſtifteten ſtehen (Komplott). — Hiemit ſoll jedoch wiederum nicht die Meinung ausgeſprochen ſeyn, als ob nicht neben den genannten Verhältniſſen auch kulpoſe Urheber und bloße Gehilfen vorkommen könnten, ſondern es ſoll bloß damit geſagt ſeyn, daß das Zuſammentreffen von derlei kulpoſen Urhebern und Gehilfen mit wahren Miturhebern rechtlich keine für ſich bedeutende Konjunktur bilde.

Anm. — Es iſt in dieſer ganzen verworrenen Lehre vor Allem nöthig, einmal die wahren Begriffsmomente gehörig zu ſondern und in der durch die Natur der Sache gegebenen Ordnung das Eine aus dem Andern ſich entwickeln zu laſſen, ſodann aber, was ſich hiemit freilich von ſelbſt ergiebt, die mannigfachen unnützen und bloß verwirrenden Eintheilungen und Unterſcheidungen, welche hier kurſiren, zu verbannen. Hier iſt nun von dem Begriff der freien Kauſalität ausgegangen, der ſich 1) unmittelbar in dem der

Urheberſchaft (der doloſen und kulpoſen) darſtellte. Dieſe Urheberſchaft kann nun kumulirt vorkommen, ohne daß das Zuſammentreffen mehrerer Urheber auf die rechtliche Beurtheilung jedes Einzelnen Einfluß hätte. Dieß iſt der Fall, wenn kulpoſe Urheber unter ſich, oder kulpoſe mit doloſen zuſammentreffen. Dieſe Fälle bieten mithin nichts Eigenthümliches dar und bilden ſonach auch kein beſonderes Moment in der Entwicklung, ſowenig als dieß bei der Kumulation mehrerer doli determinati der Fall iſt. Der Begriff der freien Kauſalität tritt nun aber 2) in das Stadium der Differenz; die in der Urheberſchaft unmittelbar vereinigten Momente der freien Kauſalität an ſich, und des Selbſtzweckſeins fixiren ſich ſelbſtändig, indem die Beihilfe das erſte Moment ohne das zweite, die Anſtiftung dagegen das zweite Moment in ſeiner Abſtraktion darſtellt. Eben wie die Beihilfe eine verbrecheriſche doloſe Handlung bildet, die aber für einen andern Willen als Zweck unternommen wird, ſo ſtellt die Anſtiftung die verbrecheriſche Willensäuſſerung einer Subjektivität dar, welche nicht ſich ſelbſt, ſondern eine fremde Handlung zum Mittel und Organ ihres Zwecks macht. Daß die Gegenſätze nicht mehr ſo ſchneidend ſind, wie auf den vorhergehenden Stufen, daß namentlich einerſeits die Beihilfe ſelbſt nicht ohne (freilich durch einen fremden Willen vermittelte) Zweckſetzung, andrerſeits die Anſtiftung nicht ohne Handlung (die hier eben in der intellektuellen Einwirkung beſteht) gedacht werden kann [1]), das liegt darin, daß dieſe ganze Begriffsreihe die konkrete Spitze in der Entwicklung des formellen Schuldbegriffs bildet, indem nun eben die konkrete Natur dieſer Begriffe auch in den Unterſchieden,

---

1) Vgl. Abegg im N. Archiv. 1841. N. 379 ff.

welche dabei ſich entwickeln, eine Abſtraktion von dem Weſen der Handlung, als der vermittelten Einheit ihrer ſubjektiven und objektiven Seite, nicht mehr zuläßt. Uebrigens iſt bei der Anſtiftung noch die Stufenfolge zu bemerken, die in der obigen Ausführung nur angedeutet liegt; a) die bloß ſcheinbare Anſtiftung (§. 140), wobei das Thun des Andern als ein völlig ſelbſtloſes erſcheint, z. B. wenn er blödſinnig war, oder wenn der intellektuelle Urheber auf eine Weiſe auf ihn einwirkte, welche der unwiderſtehlichen Gewalt rechtlich gleich zu ſtellen iſt, oder wenn er von demſelben in einen unvermeidlichen Irrthum verſetzt wurde. b) die wirkliche Anſtiftung, welche aber noch nicht Miturheberſchaft begründet; ſie findet in dem Falle ſtatt, wenn wirklich durch die Anſtiftung eine fremde Handlung in Bewegung geſetzt, wenn alſo wirklich die freie Kauſalität eines Andern zum Mittel für den Zweck des intellektuellen Urhebers gemacht worden iſt, aber zunächſt nur ſo, daß dem Handelnden ſelbſt der Erfolg bloß zur culpa zugerechnet werden kann, z. B. wenn er durch den Anſtifter in einen Irrthum verſetzt war, den er hätte vermeiden können. Hier ſind denn allerdings mehrere Urheber, ein doloſer und ein kulpoſer. Aber dieſe ſind nicht Miturheber. Jedem gehört die That auf ganz unterſchiedene Weiſe an, ſo daß die Beurtheilung des einen ohne allen Einfluß auf die des andern iſt. c) Die wirkliche Anſtiftung, welche in dem Angeſtifteten eine doloſe Betheiligung am Verbrechen hervorgerufen hat. Dieſe tritt nun (zwar nicht immer, aber doch in der Regel, — denn allerdings kann hier der doloſe Thäter auch bloßer Gehilfe ſeyn, z. B. ein Bedienter, der für ſeinen Herrn den Akt der Entführung vornimmt), [1]) in das Gebiet der Miturheberſchaft ein.

1) Vgl. Heffter §. 84 n. 4. AM. Rossi III. S. 44—47.

3) Nämlich ſtellen ſich die in die Differenz auseinander gegangenen Momente zu einer neuen vermittelten Einheit wieder her in dem Begriff der Miturheberſchaft, welche in allen ihren Formen dieß enthält, daß Jeder ebenſo ſich ſelbſt Zweck, als Mittel für den Selbſtzweck des Andern iſt. Aus dieſem Begriff ergiebt ſich, daß ſie überall dolus vorausſetzt; und nur eben dieſes doloſe Zuſammenwirken begründet eine eigenthümliche Stufe in der Entwicklung des Begriffs der freien Kauſalität, womit dann aber freilich nicht geſagt iſt, daß nicht daneben auch kulpoſe Urheber und bloße Gehilfen (poſitive oder negative, vertragsmäßige oder zufällige ꝛc.) vorkommen können.

1) Intellektuelle Miturheberſchaft.

§. 145.

Der einfachſte Fall der Miturheberſchaft iſt die Entſtehung derſelben aus der einfachen Urheberſchaft, d. h. in der Weiſe, daß die doloſe Urheberſchaft eines andern mittelſt doloſer intellektueller Einwirkung, Anſtiftung hervorgebracht wird. Als Mittel können hier alle Weiſen itellektueller Einwirkung vorkommen, ausgenommen die Verſetzung in Irrthum, die es mit ſich bringt, daß der Anſtifter ſtets der einzige, wenigſtens doloſe, Schöpfer der That bleiben will und muß. Damit aber der Begriff der Anſtiftung vollſtändig vorliege, ſo iſt nöthig, daß die intellektuelle Einwirkung auch in der That wirkſam geweſen ſei. Iſt nun im Gegentheil hievon derjenige, welcher zu dem Verbrechen erſt angeſtiftet werden ſollte, ſchon für ſich zur Begehung deſſelben entſchloſſen geweſen, ſo daß er ſofort daſſelbe als ſeine eigene, nicht als die Handlung des Anſtifters begeht, ſo iſt der Anſtifter nur wegen Verſuchs verantwortlich. Denn es iſt hier im Kreiſe der äuſſeren Bedin-

gungen ein Moment (das Fürſichentſchloſſenſeyn des Andern) eingetreten, welches bewirkt, daß die Handlung überall nicht als Produkt des Anſtifters zur Exiſtenz kommt. Da nun gleichwohl der Anſtifter durch dieſen äuſſerlichen Umſtand das Weſen des Anſtifters nicht verlieren kann, ſo iſt ihm ein Verſuch zuzurechnen.

Anm. — ſ. oben Anm. zu §. 137. Wie ſchon dort angeführt wurde, ſo hat ſich gegen die häufig vorkommende Anſicht, daß das, was hier als Verſuch bezeichnet wird, bloße Theilnahme ſei, auch Luden Abh. II. S. 352—354 erklärt. Daß dieß jedoch nicht aus dem treffenden Grunde geſchehen ſeyn könne, beweist ſich ſogleich daraus, daß er auch die Bezeichnung als Verſuch verwirft. Er ſtellt über die ganze Lehre vom concursus ad delictum ein künſtliches, und, wie ſich zeigen wird, meiſt verfehltes Syſtem auf [1], deſſen Nerv der objektive Geſichtspunkt des deutſchen Rechts iſt, deſſen Ausführung aber durch mannigfach hereingenommene einſeitig ſubjektive Momente eine gewaltſame und willkührliche Verkettung unverträglicher Principien wird. So polemiſch der Verf. auch von vornherin gegen die Stübel-Feuerbachiſchen Anſichten, deren Nerv gleifalls der objektive Geſichtspunkt iſt, ſich anſtellt, ſo läuft doch das Reſultat ſeiner Ausführung, freilich mit einigen Modifikationen, weſentlich auf das gleiche mit jenen hinaus. Denn er unterſcheidet Haupttheilnahme und Nebentheilnahme, und verſteht unter der erſteren diejenige, in welcher eine Mitwirkung zur objektiven Exiſtenz des Verbrechens enthalten iſt, ſo daß ohne ſie daſſelbe nicht in der geſchehenen Weiſe aus den Handlungen der Anderen entſtanden ſeyn würde, mithin die phyſiſche Urheberſchaft und Haupthilfe Feuerbachs,

---

1) Abh. II. S. 332—395.

unter der letzteren dagegen diejenige, welche zur objektiven Exiſtenz des Verbrechens nicht mitwirkt (Nebenurſache iſt), ſo daß die Handlungen der Anderen auch ohne ſie zu demſelben geführt haben würden (die bloßen Gehilfen Feuerbachs und — worin er allerdings abweicht, — die Anſtifter!) [1]) Abgeſehen von dem letztgenannten Punkte, enthielte alſo die Abhandlung kaum etwas Neues. Allein dieß liegt allerdings in einem andern Punkte, nämlich in der Anſicht, die über das Weſen der Theilnahme aufgeſtellt wird. Zunächſt wurde ſchon oben angeführt, daß der Abhandlung in dieſer Beziehung ein relatives Verdienſt nicht abzuſprechen ſei, ſofern nämlich richtig gezeigt wird, daß bei dem Zuſammentreffen eines intellektuellen Urhebers mit einem ſelbſtloſen Thäter überall von keiner Theilnahme die Rede ſeyn könne [2]). Allein, was nun über die Natur der Theilnahme poſitiv vorgetragen wird, kann keineswegs durchgängig befriedigen. Zuvörderſt zwar läßt es ſich ganz ſo an, als wäre der richtige Begriff auf dem Wege, ſich zu entwickeln. Luden fühlt das Mangelhafte des einſeitig objektiven Standpunkts und ſtellt die Antinomie auf, daß einerſeits Jeder rechtlich nur für das einſtehen könne, wovon er durch dolus oder culpa Urſache geweſen ſei, andrerſeits aber bei der Theilnahme ſtets nothwendige Vorausſetzung bleibe, daß die Handlung des Einzelnen nicht allein Urſache geweſen ſei. Er löst den Widerſpruch durch die Behauptung, daß bei der Theilnahme die Handlungen je des Andern als Handlungen des Theilnehmers ſelbſt angeſehen werden müſſen, der ſie veranlaſſe und ſich ihrer bediene [3]). Offenbar iſt dieß eine Behauptung, die rein aus der

1) a. a. O. S. 391—395.
2) a. a. O. S. 333—341.
3) a. a. O. S. 346—341.

Betrachtung der ſubjektiven Seite am Verbrechen hervorgegangen iſt, und womit eben die Blößen des objektiven Standpunkts bedeckt werden ſollen. Ein Subjekt, das an ſich (objektiv) nicht Urſache iſt, ſoll es durch ſeinen Willen, nämlich dadurch werden können, daß es die freie Kauſalität des Andern zu ſeiner eigenen, die Handlung eines Andern zum Mittel für ſeinen Zweck macht. Ohne Zweifel iſt dieß ein ſehr richtiger Gedanke. Aber, wie es ſcheint, ſo hat Luden nun hinwiederum gefühlt, daß die einfach konſequente Durchführung dieſes Gedankens jenes andre, auf den objektiven Geſichtspunkt gebaute, Syſtem über den Haufen werfen müſſe. Wenigſtens folgt nun eine ſehr künſtliche Unterſcheidung zwiſchen wechſelſeitiger und einſeitiger, resp. wechſelſeitig-einſeitiger Theilnahme. Theilnahme ſoll überhaupt nur dadurch entſtehen können, daß einer den verbrecheriſchen Entſchluß eines Andern ſich aneigne, und eben dieß ſoll nun in den gedachten verſchiedenen Weiſen geſchehen können (womit im Ganzen der Unterſchied des Komplotts von ſonſtigen Fällen der Theilnahme bezeichnet werden ſoll)[1]. Was L. durch dieſe Diſtinktionen erreichen will, iſt klar. Er fühlt, daß der vorgedachte ſubjektive Grundſatz ganz auf die römiſchrechtliche Behandlung der Sache führen würde. Dieſe ſoll aber (und ſelbſt dort kaum) nur beim Komplott Anerkennung erhalten, während in allen andern Theilnahmeverhältniſſen der objektive Unterſchied von Haupt- (in concreto unentbehrlicher) und Neben- (in concreto entbehrlicher) Urſache gerettet werden ſoll. Eben dieß ſoll durch jene Diſtinktionen bewerkſtelligt werden. — Nachdem alſo Luden kaum aus der Tiefe des ſubjektiven Geſichts-

---

1) a. a. O. S. 348—352.

punkts heraus geredet und dabei ſo abſtrakt geredet hat, daß ohne weitere Beſtimmungen alle Theilnahmefälle unter dem Begriff der Miturheberſchaft hätten zuſammenfließen müſſen, ſo ſpringt er nun eben ſo eifrig wieder auf das objektive Extrem über. Denn, wie angef., genügt es ihm keineswegs, den Begriff der Nebenurſache auf den bloßen Gehilfen anzuwenden, ſondern er geht noch weiter und will auch die intellektuelle Urheberſchaft als bloße Nebentheilnahme angeſehen wiſſen. Daß in dieſer ſtarken Abweichung von allem bisher Anerkannten Methode ſei, iſt nicht zu läugnen [1]. Denn, wer den objektiven Geſichtspunkt konſequent verfolgt, der wird freilich einen bloß intellektuell Wirkenden neben einem phyſiſchen Urheber, dem die That ſelbſt zuzurechnen iſt, nicht als unentbehrliche Urſache annehmen können. Eine andere Frage iſt aber, ob dieſe Anſicht mit der andern, daß durch Theilnahme der eine den Entſchluß und die Handlung eines Andern zum Seinigen mache, zuſammen beſtehen könne? Dieſe muß aber verneint, und darum auch alle aus der gezwungenen Vermittlung gezogenen Folgerungen, oder wenigſtens deren Begründung verworfen werden. Ein Andres wäre es, wenn Luden ſich damit begnügte, der Subjektivität eben nur ſoviel Recht einzuräumen, als ihr gebührt; allein er ſtellt, wie geſagt, das abſtrakt ſubjektive Princip des römiſchen Rechts auf, wornach folgerichtig aller Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe und alle Berückſichtigung des objektiven Kauſalzuſammenhangs aufgehoben wird. Nachdem er nun dieß gethan hat, kann er nur mit der

1) Die Anſicht Mittermaiers, daß der Anſtifter gelinder zu ſtrafen ſei, beruhte auf andern Gründen. ſ. dagegen Denſelben n. 2. zu Feuerbach §. 46. vgl. Rossi III. S. 20—24.

höchſten Willkühr die eben gedachten Konſequenzen zu entfernrn ſuchen. Dieſe Willkühr zeigt ſich denn auch in der Gezwungenheit der Ausführung. 1) Um die intellektuelle Urheberſchaft aus den Feſſeln des römiſchen Grundſatzes zu erlöſen und zur bloßen Nebentheilnahme herunter zu bringen, behauptet er, es gebe gar keine intellektuelle Urheberſchaft, ſondern nur intellektuelle Theilnahme, und alle Theilnahme entſtehe nur dadurch, daß ſich einer den verbrecheriſchen Entſchluß eines Andern dolos aneigne. 2) Um der Beihilfe denſelben Dienſt zu erweiſen, erfindet er die Diſtinktion zwiſchen wechſelſeitiger und bloß einſeitiger, resp. wechſelſeitig-einſeitiger Theilnahme. — Allein dieſe Mittel ſind untauglich. Denn, wenn es wahr iſt, daß Jemand durch die Theilnahme, d. h. dadurch, daß er ſich den Entſchluß eines Andern aneignet, daß er ſich deſſen Thätigkeit als ſeines Mittels bedient, eben dieſe Thätigkeit zu einem Theil ſeiner eigenen Handlung macht (S. 348), ſo muß dann auch ſeine Handlung ganz ſo beurtheilt werden, wie jene Thätigkeit, d. h. wenn jene Thätigkeit Hauptурſache war, ſo muß auch er als Haupturſache angeſehen werden, und wenn er ſelber als Haupturſache erſcheint, ſo muß auch der Andre dieſelbe Beurtheilung erfahren. Dieß wird auch von Luden für den Fall der wechſelſeitigen Theilnahme anerkannt [1]), wobei denn aber, was wohl zu bemerken, ein bloß vertragsmäßiger Gehilfe von einem Komplottanten nicht unterſchieden wird (daher denn auch Luden, wie ſchon oben ang. wurde, den Unterſchied von ſpeciellen und generellen Gehilfen läugnet, während das, was er dagegen

1) Von den überaus willkührlichen Modifikationen, die Luden auch hier anbringt, wird ſpäter die Rede ſeyn.

vorbringt, allerdings beim Komplott ſeine Richtigkeit hat). Dagegen glaubte er, denſelben Konſequenzen bei der bloß zufälligen Theilnahme entgehen zu können, indem er ſagt, hier finde der bei der Theilnahme geltende Grundſatz ſtets nur auf den Theilnehmer Anwendung, nicht aber auf den Andern, welcher nicht wiſſe, daß jener ſeinen verbrecheriſchen Entſchluß ſich angeeignet habe [1]). Dieſer Fall kann begreiflicher Weiſe überall nur bei phyſiſcher Theilnahme vorkommen, und man könnte hier dem Verf. theilweiſe Recht geben, ſofern es allerdings konſequent wäre, ſo zu argumentiren, wie er thut. Allein eine andre Frage iſt, ob der casus in terminis wirklich denkbar ſei? Und dieſe muß verneint werden. Denn wenn Jemand auch vorher nicht darum weiß, daß ein Andrer ſeinen verbrecheriſchen Entſchluß kennt und zu unterſtützen bereit iſt, ſo muß er ja dieß erfahren, ſobald er eben mit ſeiner Handlung hervortritt und ſofort die Theilnahme des Andern gleichfalls zur Exiſtenz kommt. Sieht er nun aber, daß der Andre ihm hilft, daß er eben ſeinen Entſchluß unterſtützt, ſo weiß er ja nun unfehlbar auch um den dolus des Andern, und ſein Forthandeln involvirt die Ratihabition dieſes fremden dolus, d. h. er wird im Verlaufe der Handlung ſelbſt nun nothwendig auch zum Theilnehmer von Jemand, es entſteht wechſelſeitige Theilnahme. Wir behaupten nun keineswegs, daß bei zufälliger Theilnahme wirklich jederzeit Miturheberſchaft entſtehe (wie unten ſich näher ergeben wird), wohl aber behaupten wir, daß Luden dieſe Konſequenz annehmen müſſe, wie ſie auch von dem römiſchen Rechte nach ſeinem eigenen Geſtändniſſe angenommen wird. Dabei iſt dann aber ferner zu bemer-

---

1) a. a. O. S. 382—386.

ken, daß Luden, ſelbſt die Möglichkeit des Falls und hiernach die Nothwendigkeit des von ihm aufgeſtellten Unterſchieds zwiſchen dem Theilnehmer und Nichttheilnehmer zugegeben, gleichwohl ganz inkonſequente Reſultate aufſtellt. Was er über den Nichttheilnehmer ſagt, kann hier dahingeſtellt bleiben; dagegen iſt, was er über den Theilnehmer ſagt, mit ſeinen eigenen Principien im ſchneidendſten Widerſpruch. Da nämlich dieſer durch ſeine Theilnahme die Handlung des Andern ganz zu ſeiner eigenen macht, ſo folgt nothwendig, daß er, wenn der Andere Urheber iſt, als Miturheber zu betrachten iſt, wenn aber der andere bloß Urheber eines Verſuchs, gleichfalls jedenfalls Miturheber eines Verſuchs. Dennoch will Luden hier den Theilnehmer bald als bloßen Nebentheilnehmer (Gehilfen), bald als alleinigen Urheber behandelt wiſſen, wovon eines ſo willkührlich als das andere iſt. — Noch viel verworrener wird aber Alles bei der wechſelſeitig-einſeitigen Theilnahme (womit der Fall mehrerer zufällig zuſammentreffenden doloſen Urheber bezeichnet werden ſoll) [1]. Hier ſoll wiederum die Sache ſich ganz anders verhalten, als bei wechſelſeitiger Theilnahme. Es verſteht ſich aber auch hier von ſelbſt, daß dieſe Diſtinktion widernatürlich iſt. Denn, indem nun die mehreren Perſonen handeln und zwar ſo, daß einer des andern Theilnehmer iſt, d. h. jeder den Andern unterſtützt, ſo muß ja nothwendig der Unterſtützte die Unterſtützung bemerken und genehmigen, d. h. es muß wirklich wechſelſeitige Theilnahme entſtehen; mithin iſt es wieder völlig willkührlich, wenn hier gleichwohl andre Grundſätze aufgeſtellt werden, als bei der unmittelbar wechſelſeitigen Theilnahme, — eine

1) a. a. O. S. 386—391.

Willkühr, deren wiederum das römiſche Recht ſich nicht ſchuldig macht. Aber man braucht ſich hier nicht einmal, wie bei der einfach-einſeitigen Theilnahme, auf dieſe faktiſche Nothwendigkeit zu berufen. Vielmehr widerlegt ſich die Anſicht Ludens ſelbſt aus ihren eigenen Prämiſſen. Denn es iſt ja hier vorausgeſetzt, daß Jeder die Qualität des Theilnehmers in Beziehung auf die Uebrigen an ſich habe. Da nun aber hieraus folgt, daß die Handlungen dieſer Uebrigen eo ipso zu ſeiner Handlung werden, ſo müſſen nothwendig in jedem Falle, wenn auch nur Einer als Hauptturſache des Erfolgs zu prädiciren iſt, alle Thelnehmer als Miturheber behandelt werden, daher wiederum die Diſtinktionen Ludens gänzlich unberechtigt erſcheinen. — Solche Widerſprüche werden ſtets die Folge ſeyn, wenn der unmögliche Verſuch unternommen wird, zwei extreme Standpunkte bloß mechaniſch in's Gleichgewicht, anſtatt ſie in eine organiſche Vermittlung zu bringen.

Nachdem nun die logiſche Inkonſequenz dieſer neuen Lehre aufgewieſen iſt, ſo bleibt noch übrig, je bei den einzelnen Punkten ihre praktiſche Unhaltbarkeit zu zeigen, hier alſo zunächſt in Beziehung auf die im §en erörterte Frage [1]. — Luden läugnet, wie geſagt, den Begriff der intellektuellen Urheberſchaft geradezu. Sein Grund iſt, daß jeder nur durch ſeinen eigenen Entſchluß zum Verbrecher werden und daß einer, der bloß intellektuell Theil nehme, dieß nur in der Weiſe thun könne, daß er ſich den verbrecheriſchen Entſchluß des phyſiſchen Urhebers aneigne, wobei es rechtlich ganz gleichgültig ſei, ob er denſelben zuerſt hiezu beſtimmt habe oder nicht, da in der intellektuellen Einwirkung ein juriſtiſch ausreichender Beſtimmungsgrund nicht gefunden werden

1) Vgl. Heyer Abhandl. S. 33 ff.

könne [1]). Gewiß iſt es nun ſehr wahr, daß Niemand dadurch zum Verbrecher werden kann, daß ein Andrer einen verbrecheriſchen Entſchluß faßt; — dieß zu behaupten, iſt auch in der That noch Niemandeu eingefallen, und Luden braucht deßhalb nicht den geſunden Menſchen=Verſtand herbeizurufen. Allein unwahr iſt es, daß man nicht in einem Andern einen verbrecheriſchen Entſchluß erzeugen und auf dieſe Weiſe ſelbſt zum Verbrecher werden könne. Luden meint, der intellektuell Einwirkende könne nur dann als Urſache des Verbrechens erſcheinen, wenn ſeine Einwirkung neceſſitirend, d. h. wenn der Andre völlig ſelbſtlos ſei. Allein den Grund dieſer willkührlichen Beſchränkung bleibt er ſchuldig. Er kann ihn indeſſen nur darin finden, daß die menſchliche Freiheit nicht ſchlechthin beſtimmbar ſei, während er dieß von den äuſſeren Umſtänden annehmen muß, da er eine phyſiſche Urheberſchaft ſtatuirt. Allein eben dieß iſt der alte Irrthum, der hier wiederkehrt. Der Naturkauſalismus iſt ebenſowenig ein ſchlechthin Beſtimmbares, als die menſchliche Subjektivität, und, wer daher die Möglichkeit einer intellektuellen Urheberſchaft läugnet, der muß, wenn er nicht auf halbem Wege ſtehen bleiben will, auch die Möglichkeit der phyſiſchen verwerfen. Es haben daher Feuerbach, Grolman, Martin u. A., welche den Begriff der Urheberſchaft auf den der objektiven Kauſalität gründen, vollkommen Recht, wenn ſie auch eine Kauſalität durch intellektuelle Einwirkung annehmen, wenn gleich ihr Princip ſelbſt falſch iſt. Die Halbheit Ludens iſt jedenfalls verwerflich. Muß aber auch eine intellektuelle Kauſalität ſtatuirt werden, ſo iſt klar, daß eben durch dieſe Jemand bereits zum Ver=

---

1) a. a. O. S. 348. 353.

brecher wird, und daß es keineswegs des Umwegs: „Aneignung des verbrecheriſchen Entſchluſſes eines Andern" bedarf. Richtiger iſt es nun aber freilich, überall nicht von objektiver Kauſalität zu reden, wodurch immerhin der Schein entſtehen muß, als ſtatuire man eine neceſſitirende intellektuelle Einwirkung. Man muß vielmehr den Urheber als denjenigen definiren, der eine verbrecheriſche Handlung begeht und ſich ſelbſt als deren Zweck ſetzt. Thut man nun dieß, ſo iſt einleuchtend, daß ohne alles Bedenken von intellektueller Urheberſchaft die Rede ſeyn kann. Denn, wenn es allerdings wahr iſt, daß der Angeſtiftete (der Mandatar) nur dadurch ſelbſt Verbrecher werden kann, daß er ſelbſt den verbrecheriſchen Entſchluß faßt, ſo iſt es darum doch nicht minder wahr, daß er ihn nur in Folge der auf ihn wirkenden Anſtiftung faßt. Seine Freiheit und Verantwortlichkeit leidet dadurch nicht im Mindeſten; im Gegentheil giebt es ja keine einzige menſchliche Handlung, die nicht irgendwie von auſſen her determinirt wäre. Hat aber der Anſtifter eben mit dem Entſchluß gehandelt, den andern auf dieſe Weiſe zu determiniren, ſo hat er, wenn es ihm gelingt, eine doloſe Handlung begangen, durch welche er die freie Kauſalität des Andern zu ſeinem Mittel, und folglich deſſen Handlung zu ſeiner eigenen macht. Wie könnte er alſo nicht Miturheber ſeyn [1])? — Ludens Anſicht mißkennt aber nicht nur den für die Praxis ſo weſentlichen Begriff der intellektuellen Urheberſchaft, ſondern, da er Mandat, Rath und Genehmigung zuſammenſtellt, ſo wirft er auch noch dazu den weſentlichen Unterſchied zwiſchen intellektueller Urheberſchaft und Beihilfe über den Haufen. Wenn er ſich dafür auf das römiſche Recht beruft, ſo

1) Oerſted Grundregeln, S. 183. Roſſi III. S. 28.

hat er allerdings Recht; dagegen hat er vollſtändig Unrecht, wenn er dieſelbe Argumentation auch noch auf dem Boden des kanoniſchen und des deutſchen Rechts für gültig ausgiebt. Denn der Unterſchied iſt der, daß das römiſche Recht allerdings die ganze Differenz zwiſchen unmittelbarer und mittelbarer Betheiligung ignorirt, welche die letzteren Rechte erſt aufgeſtellt haben. Eben damit hängt es nun zuſammen, daß allerdings auch das römiſche Recht kein Gewicht darauf legt, ob der Angeſtiftete ſchon vorher zu dem Verbrechen entſchloſſen geweſen ſei oder nicht. Aus dem ſehr einfachen Grunde, weil es weder den Begriff des Verſuchs, noch den der Beihilfe kennt, auf welche Begriffe allein auf dem Standpunkte der PGO. die Anſtiftung eines ſchon für ſich ſelbſt Entſchloſſenen reducirt werden kann. Den Grund giebt auch Luden Abh. I. S. 296. 297 im Weſentlichen richtig an, während Zachariä Verſuch II. §. 196 dem römiſchen Rechte irrthümlich die Forderung des objektiven Kauſalzuſammenhangs unterlegt und doch zugleich den Satz zugiebt, daß es bei der in Rede ſtehenden Frage dieſe Forderung ignorire. Nur wenn Luden ſich auch darauf beruft, daß der Beweis einer wirkſamen intellektuellen Einwirkung gar nicht oder doch nur mit großer Schwierigkeit zu erbringen ſei, ſo kann dies keineswegs anerkannt werden. Es iſt übrigens inſonderheit die l. 11. §. 6 D. de injuriis, welche bei der vorliegenden Frage zu mannigfachen Streitigkeiten Anlaß gegeben hat. Während namentlich Martin §. 80. n. 6. darin den Grundſatz des neueren Rechts finden will, auch Grolman §. 33. n. c. ſich auf die Stelle zum Beweis dafür beruft, daß die Determination eines bereits Entſchloſſenen bloße Beihilfe involvire, ſo haben Andere richtig behauptet, daß das römiſche Recht

einen ſolchen Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe nicht mache, und eben deshalb den vermeintlichen Widerſpruch der angſ. Stelle auf mancherlei Weiſe zu beſeitigen geſucht. Von dieſen Erklärungweiſen iſt nun wohl die von Luden a. a. O. S. 296. n. 1. aus den von Zachariä angeſ. Gründen, noch mehr aber die von Zachariä ſelbſt, als völlig unnatürlich und gezwungen vornweg zu verwerfen. Beide Schriftſteller erklären ſich gegen die Erklärungsweiſe von Wächter I. S. 149, die übrigens von ihnen mißverſtanden wird und jedenfalls vor den ihrigen den Vorzug verdienen dürfte. Gewiß nennt Heffter mit Recht die Wächter'ſche Diſtinktion eine feine (§. 87. n. 2.). Derſelbe argumentirt nämlich ſo: Intellektuelle Einwirkung auf einen ſchon Entſchloſſenen kann nur als Verſuch gelten; nun ließen aber die römiſchen Privatdelikte keinen Verſuch zu; mithin konnte bei ihnen auch von einem Verſuche der gedachten Art nicht die Rede, ſondern nur die Inſtigation eines alias nolens ſtrafbar ſeyn. Gleichwohl hat Heffter ohne Zweifel Recht, wenn er dieſe Erklärungsweiſe ebenfalls, freilich ohne einen Grund anzugeben, wenigſtens halb und halb verwirft. Sie muß wohl ganz verworfen werden, weil das römiſche Recht auch bei öffentlichen Verbrechen den casus in terminis keineswegs unter den Begriff des Verſuchs brachte und gar nicht bringen konnte, mithin auch bei den Privatdelikten jene Diſtinktion auf dem römiſchen Standpunkt unmöglich war. In der That ſcheint aber die Erklärung der angeſ. Stelle durch Matthäus, dem auch Heffter der Sache nach beipflichtet, (daß nämlich maxime zu ſuppliren ſei) keiner gegründeten Anfechtung unterworfen zu ſeyn. Die Stelle legt nämlich, im Zuſammenhang geleſen, kein Gewicht auf das alias nolenti,

in keinem Falle ein ſolches, daß daraus ein argumentum a contrario abgeleitet werden könnte. Es werden verſchiedene Erweiterungen der Theorie in Beziehung auf die intellektuelle Urheberſchaft angeführt, beim Mandat ꝛc. Ulpian will nämlich ſeinen Satz beweiſen, daß nicht nur der phyſiſche, ſondern auch der intellektuelle Urheber der Injurienklage unterworfen ſei. Nach jenen Citaten fährt er nun fort: Atilicinus autem ait, et si ..... Offenbar liegt hiernach der Nachdruck nicht auf dem alias nolenti, ſondern auf dem persuaserim. Ulpian will ſagen, nicht nur beim Mandat, beim Dingen um Lohn ꝛc. finde ſein Satz Anwendung, ſondern auch beim Rath. Da nun der Rath zum Verbrechen als wirkliche Urheberſchaft, aber auch als bloße Beihilfe, ja ſogar als eine gar nicht verbrecheriſche kulpoſe Handlung vorkommen kann, ſo mußte zum vorliegenden Zwecke der Fall ſo ſtruirt werden, daß der dolus unzweifelhaft war; und ein ſolcher Fall iſt eben dann vorhanden, wenn man einen alias nolens überredet. Weiter liegt nicht in der Stelle, die ohndieß nur ein Beiſpiel ſeyn ſoll. Sonſt aber legen die Römer keineswegs Gewicht darauf, ob die intellektuelle Einwirkung wirklich beſtimmend geweſen ſei, oder nicht. l. 11 pr. §. 3. 4. l. 15 §. 8 D. eod. l. 30. 52 D. de furt. l. 1 §. 4 D. de servo corrupto. l. 5 C. de accusat. — Die richtige Anſicht nach Kanoniſchem (u. Deutſchem) Recht iſt ſchon bei den italieniſchen Praktikern z. B. Clarus (hinſichtlich des Raths), Menochius, angedeutet.

§. 146.

Iſt nun aber die Anſtiftung in der Weiſe gelungen, daß der Entſchluß des phyſiſchen Urhebers als Produkt der intellektuellen Einwirkung erſcheint, ſo iſt auch die dem Entſchluſſe entſprechende Handlung des phyſiſchen

Urhebers zugleich als Handlung des intellektuellen Miturhebers anzuſehen. Für ihn iſt der phyſiſche Urheber und deſſen Handlung reines Mittel und Werkzeug, ſo lang nur der Willen und die Handlung des phyſiſchen Urhebers der intellektuellen Einwirkung entſprechen. Inſoweit iſt mithin der intellektuelle Urheber durchgängig ſo zu behandeln, als ob die Handlungen, resp. Unterlaſſungen des phyſiſchen von ihm ſelbſt unmittelbar ausgegangen wären. Iſt mithin der Thäter gar nicht bis zum ſtrafbaren Verſuche gekommen aus Gründen, die von ſeinem (des Thäters) Willen nicht abhängig waren, ſo kann auch dem Anſtifter noch kein Verbrechen zugerechnet werden. Iſt aber der Thäter bis zum Verſuche, resp. zur Vollendung gekommen, ſo iſt auch dem Anſtifter das verſuchte, resp. das vollendete Verbrechen zuzurechnen. Hiebei iſt aber wohl zu bemerken, daß der durch die Handlung ausgeführte Zweck, wenn der Anſtifter überhaupt ſtrafbar ſeyn ſoll, auch wirklich für ihn ein verbrecheriſcher geweſen ſeyn muß, ſowie daß ihm überhaupt das ausgeführte Verbrechen nur inſoweit zugerechnet werden kann, als es ihm zuzurechnen wäre, wenn er es ſelbſt ohne Vermittlung eines Andern phyſiſch begangen hätte.

Anm. — Die Frage, welche hier theilweiſe entſchieden iſt, gehört zu den beſtrittenſten, bei welchen es vor Allem Noth thut, ein feſtes Princip aufzuſtellen, auf das alle verſchiedenen Fälle zurückgeführt werden können. Im Allgemeinen kann man zwei Hauptanſichten unterſcheiden: nach der einen ſoll der Anſtifter dieſelbe Strafe zu erleiden haben, wie der phyſiſche Urheber [1]); dies iſt die ehmals faſt allgemein angenommene, wie ſie denn ſchon von Gandinus ausgeſprochen iſt (obgleich dieſer theoretiſch A. M. iſt). Sie findet ſich auch bei Wächter I. S. 149.

1) S. die bei Kleinſchrod I. S. 320. n.* Angef.

Martin §. 81. Oerſted §. 26. Heffter §. 98 n. 3 u. A. Dieſe Anſicht ſtützt ſich zugleich auf das poſitive Recht, namentlich die P. G. O. Art. 107. Indeſſen ſchließt ſie eine ungleiche Strafbarkeit der Miturheber in concreto nicht aus, wie denn z. B. Wächter allgemeine und ſpecielle Miturheber unterſcheidet, oder Heffter wenigſtens ſagt: was die Strafbarkeit des einen in ſeiner Perſon erhöhe oder mindere und nicht zum Thatbeſtand des gemeinſam verübten Verbrechens an ſich gehöre, das könne auf die Uebrigen bei der Strafzumeſſung keinen Einfluß üben. Nach der andern Hauptanſicht ſollen Anſtifter und Thäter verſchiedene Strafe verdienen. Und zwar behaupten die Einen, wie ſchon Gandinus, und von den Neueren Kleinſchrod I. S. 320 und Feuerbach Reviſion II. S. 254, daß der Anſtifter als Verführer ſtets ein größeres Verbrechen begehe, während Mittermaier N. Arch. III. S. 143 ff. und (freilich aus andern Gründen) Luden II. S. 367—369 den Anſtifter ſtets für geringer ſtrafbar halten. Dieſen abſtrakten Behauptungen tritt wiederum die von Abegg S. 113, 115, Marezoll S. 135 u. A.[1]) entgegen, welche behaupten, daß überall jeder Miturheber nur nach ſeiner konkreten Verwirkung zu beurtheilen ſei, — eine Anſicht, die übrigens, ſo allgemein ausgedrückt, nicht minder abſtrakt

1) Dieſer Behauptung tritt auch Stübel Theilnahme ꝛc. S. 98 ff. bei, und zwar ſo, daß er den Grundſatz ſelbſt auf das Komplott ausdehnt. Eben damit verwahrt er ſich gegen den Vorwurf der Grauſamkeit, den man ſeiner, Beihilfe und Miturheberſchaft faſt völlig identificirenden, Theorie machen könnte. Allein der Vorwurf würde nur bei relativ beſtimmten Strafen wegfallen, nicht auch bei abſolut beſtimmten, wo er am meiſten praktiſch, und wo es eine ſchlechte Ausflucht iſt, wenn Stübel behauptet, Tod und lebenslängliches Gefängniß ſeien eigentlich gar keine Strafen.

und darum relativ unwahr iſt, als die, welche ſie bekämpft. —

Um nun feſten Fuß zu bekommen, iſt es vor Allem nöthig, zwei Fälle zu ſondern, für welche die Antwort vorausſichtlich verſchieden ausfallen muß, 1) den Fall der gelungenen Anſtiftung, d. h. derjenigen, welche wirklich determinirend geworden iſt, ſo daß die Handlung des Thäters ganz als Handlung des Anſtifters angeſehen werden muß. 2) Den Fall, wenn der Thäter einen von der Anſtiftung unabhängigen Willen hat und ausführt. Hier iſt nur vom erſten Falle die Rede, daher hier zuvörderſt alle Streitfragen über Verſuch der Anſtiftung, Exceß des Angeſtifteten, bloß ſcheinbare Annahme des Mandats, freiwilliges Abſtehen des Mandatars vom Verſuche ꝛc. ꝛc. vorläufig noch ausgeſetzt werden.

So, wie die Frage nun begrenzt iſt, kann wohl die oben gegebene Entſcheidung keinen Zweifel leiden. Schlechthin abweichend ſind nur die beiden offenbar einſeitigen Anſichten von Feuerbach und Mittermaier. Allein es iſt leicht zu bemerken, daß erſtere auf der unbefugten Einmiſchung eines moraliſchen Moments beruht, wie ſich namentlich aus der Ausführung von Kleinſchrod ergiebt, während bei Feuerbach und Salchow[1]) der Anſtifter dem phyſiſchen Urheber im Verhältniß der ſtärkeren zur ſchwächeren Urſache gegenübergeſtellt wird. Abgeſehen nun davon, daß nach dem bisherigen beide Geſichtspunkte verfehlt ſind, iſt der letztere auch deshalb merkwürdig, weil gerade aus demſelben Standpunkte (der objektiven Kauſalität) die gegentheilige Anſicht die geringere Strafbarkeit des intellektuellen Urhebers zu rechtfertigen ſucht[2]).

1) Darſtellung der Lehre von Strafen ꝛc. I. S. 229.

2) Mittermaier a. a. O. ſtützt ſich vornämlich auf poſitivrechtliche Gründe. Der allgemeine aber, den er beibringt, iſt ein

Luden ſtützt ſich nämlich ausdrücklich darauf, daß in einem Falle der fraglichen Art der alleinige Grund der objektiven Exiſtenz des Verbrechens nur in der Handlung des phyſiſchen Urhebers liege, nicht einmal eine Mitwirkung könne dem Anſtifter zugeſchrieben werden. Allein es wurde im vorigen die Unrichtigkeit des Grundes, den L. hiefür angiebt (daß überall eine wirkſame intellektuelle Einwirkung nicht behauptet werden könne), hinlänglich nachgewieſen, und es mag hier nur noch darauf aufmerkſam gemacht werden, wie ſchief es mit der Deduktion ſteht, wenn er ſelbſt zugiebt, daß man in einem ſolchen Falle ſagen könne, ohne die intellektuelle Einwirkung wäre die Handlung des Thäters und folglich das Verbrechen gar nicht entſtanden. Wenn er nämlich hinzufügt: „es würde eben alsdann nur geſagt, daß ohne die intellektuelle Einwirkung der alleinige Grund nicht vorhanden geweſen wäre," ſo iſt dies nichtsſagend. Denn, wenn die intellektuelle Einwirkung der Grund deſſen iſt, was den Grund der objektiven Exiſtenz des Verbrechens ausmacht, ſo iſt ſie ebendamit auch als der Grund der letzteren geſetzt, — wie dies auch Feuerbach und ſeine Meinungsgenoſſen mit Recht unbedenklich angenommen haben. — Abgeſehen von dieſen beiden extremen Meinungen nun bleiben noch die beiden Anſichten übrig, a) daß der Anſtifter dem Thäter gleich zu beſtrafen, b) daß die Verſchuldung eines Jeden für ſich und aus ſich zu beurtheilen ſei. Von dieſen Anſichten enthält jede ein wahres Moment; ſo aber, wie ſie ausgedrückt ſind, haben ſie den Fehler, zu eng und zu weit zu ſeyn. Die erſte hebt den Unterſchied zwiſchen

---

die Subjektivität betreffender, nämlich daß die Anſtiftung einen minder böſen Willen involvire, als die Thäterſchaft. S. 147.

genereller und ſpecieller Theilnahme auf, die letztere verliert ſich in's Vage und verkennt das weſentlichſte Moment bei der Miturheberſchaft, daß, wie Heffter ganz richtig angiebt, der Thatbeſtand des bei den Urhebern gemeinſamen Verbrechens ihnen jedenfalls beiden auf die gleiche Weiſe aufgerechnet werden muß. Würde Abegg[1]) die wahre Anſtiftung von der bloß ſcheinbaren gehörig unterſchieden haben, ſo würde er ohne Zweifel ſeine Anſicht beſtimmter gefaßt haben, wozu in der Abh. im N. Arch. S. 396—398 die Elemente treffend angegeben ſind.

Belehrend für die vorliegende Frage ſind die über den Art. 74 des Wirtemb. Strafgb. gemachten Erfahrungen. Dieſer Artikel ſcheint beim erſten Anblick zu ſagen, daß der Anſtifter ebenſo wie der Thäter zu beſtrafen ſei, — mithin daſſelbe Princip aufzuſtellen, welches der Art. 87 über die Beihilfe ausſpricht (daß nämlich zwiſchen genereller und ſpecieller Theilnahme kein Unterſchied zu ſtatuiren ſey). Nun iſt im letztern Art. von dem gedachten Principe eine Ausnahme gemacht hinſichtlich der Beihilfe zu reinen Dienſtvergehen, welche von Seiten eines nicht Bedienſteten geleiſtet wird. Begreiflicher Weiſe mußte nun ſehr bald die Frage entſtehen, wie die Anſtiftung zu einem reinen Dienſtvergehen von Seiten eines nicht im Dienſte Befindlichen zu beurtheilen ſei? Nach Art. 74 ſchien hier der Anſtifter als Miturheber, und mit dem Thäter gleich beſtraft werden zu müſſen, während derſelbe, wenn er bloßer Gehilfe geweſen wäre, ſtraflos gelaſſen werden müßte. Dieſem Widerſpruche ſuchten nun die Gerichte auf mancherlei Weiſe zu entgehen. Während aber einige

1) S. auch N. Arch. 1841. S. 379 ff.

davon aus anderweitigen Gründen mit vielem Scharfſinn die Nothwendigkeit der gleichen Behandlung des Anſtifters und des Gehilfen im fraglichen Falle zu rechtfertigen ſuchten, ſo ſcheint der Gerichtshof zu Ellwangen die Sache am richtigſten getroffen und am gründlichſten erörtert zu haben [1]), wenn er ſagt: daß der oben gedachte Sinn des Art. 74 gar nicht der richtige ſei, noch ſeyn könne, vielmehr derſelbe nur ſagen wollte: der Anſtifter ſei immer ebenſo zu beſtrafen, als ob er ſelbſt der Thäter geweſen wäre. „Dieſer Auslegung ſteht nicht entgegen, daß man im gewöhnlichen Leben von Anſtiftung z. B. zu einem Vatermorde ſpricht, wenn der Anſtifter auch nicht der Sohn des Vaters des Thäters iſt, weil eben dieſes Verhältniß des Thäters zu dem Getödteten immerhin auch für den Anſtifter ein Straferhöhungsgrund iſt [2]). Ebenſowenig ſteht ihr entgegen, daß auch den Anſtifter nur die Verſuchsſtrafe trifft, wenn der Thäter nicht weiter als zum Verſuche fortſchritt, weil der Anſtifter ja nur die Strafe erhalten ſoll, die er verwirkt haben würde, wenn er das Verbrechen, das nun eben nur ein Verſuch iſt, verübt hätte. Dagegen ſpricht für die erwähnte Auslegung, daß wohl Niemand den, welcher ſeinen Vater durch einen gedungenen Banditen ermorden läßt, nur des einfachen Mordes ſchuldig

1) Hufnagel Komment. III. S. 82—85. vgl. ebend. S. 80—82 II. S. 510 unten. 520. 741—744.

2) Auch Kitka S. 24 Anm. Im Texte dagegen ſpricht ſich der Verf. im Sinne des Wirt. Gbs. aus, wird jedoch völlig inkonſequent, indem er denſelben Grund nicht auch umgekehrt auf den Angeſtifteten wirken laſſen will. S. 21—34. Unbegreiflich iſt das vom Inceſte entlehnte Argument, da ja dieſer keineswegs bloß ein wegen perſönlicher Verhältniſſe qualificirtes Stuprum iſt. Die richtige Anſicht ſ. bei Stübel Theilnahme, S. 86 ff. Mittermaier N. Arch. III. S. 134.

erachten wird.“ Der Gerichtshof ſagt hier ganz daſſelbe, was im §en behauptet und noch genauer begründet wird. Was dort über die Fälle geſagt iſt, wenn vom Thäter infolge der intellektuellen Einwirkung das Verbrechen verſucht oder vollendet wurde, nimmt auch das Wirt. Obertribunal an, während daſſelbe über den Fall, wenn der Thäter noch nicht die Grenze des ſtrafbaren Verſuchs beſchritten hat, ſeine Anſicht vorläufig ſuspendirt [1]).

Was die Quellen des gemeinen deutſcheu Rechts betrifft, ſo iſt wohl vom römiſchen Rechte allgemein anerkannt, daß es den intellektuellen Urheber bei wirklich ausgeführtem Verbrechen dem Thäter gleich behandelt habe, und der Streit betrifft nur die Frage, ob der erſtere auch dann ſtrafbar geweſen ſei, wenn der Inſtigirte überall nicht handelnd aufgetreten ſei. Abgeſehen nun von den Privatdelikten, bei denen die Frage überall nicht entſtehen konnte, iſt es der geſammten römiſchen Rechtsanſchauung in der Schuldlehre ganz unangemeſſen, die Kategorieen und Diſtinktionen des modernen Rechtsbewußtſeins in ihm ſuchen zu wollen. Insbeſondere kann die Frage, wie ſie hier geſtellt iſt, für das römiſche Recht ſchon deshalb keinen Sinn haben, weil ſie den Unterſchied von wirklich erfolgreicher und nicht erfolgreicher Anſtiftung vorausſetzt, der jenem Rechte indifferent war. Letzteres iſt zwar von Zachariä geläugnet, aber im Widerſpruch mit ſeinem eigenen Anerkenntniß, daß das römiſche Recht kein Gewicht darauf gelegt habe, ob der Thäter infolge der Anſtiftung, oder infolge eines

1) Hufnagel a. a. O. III. S. 512. 513. Die Frageſtellung des Juſtiz-Miniſt. ſcheint hier nicht richtig, da der Fall II. 1 zu I. gehört.

unabhängig hievon gefaßten Entſchluſſes handelt (ſ. o.). Berückſichtigte aber hiernach das römiſche Recht den vorgedachten Unterſchied nicht, ſo kann nicht gefragt werden, wie es insbeſondre die erfolgreiche Anſtiftung im Falle, wo der Thäter noch nicht zum Handeln kam, behandelt habe? Vielmehr muß der Geſichtspunkt viel allgemeiner genommen werden, worüber unten. Daß dagegen jener Unterſchied dem deutſchen Rechte entſpreche, das ergiebt ſich aus dem ganzen Geiſte dieſes Rechts, wie er ſich beſonders in der Lehre von Verſuch und Vollendung ausſpricht, und wornach als voller Urheber nur derjenige erſcheint, auf deſſen Willen die geſammte verbrecheriſche Erſcheinung als auf ihr beſtimmendes Princip zurückgeführt werden kann. Hieraus ergab ſich denn ſchon oben, daß der Anſtifter, der ſich an einen bereits Entſchloſſenen wendet, eines bloßen Verſuchs ſchuldig ſeyn könne; hieraus folgt aber auch, daß der Anſtifter, deſſen intellektuelle Einwirkung wirklich beſtimmend iſt, eben in ſoweit als Miturheber alles deſſen, was daraus hervorgeht, angeſehen werden muß. Faſt allgemein iſt denn auch angenommen, daß dies die P. G. O. Art. 107 als Princip anerkenne [1]), und der Widerſpruch, den hiegegen Luden Abh. II. S. 343—346 erhebt, iſt nicht geeignet, gegründete Zweifel hervorzurufen. Nach ſeiner Anſicht ſoll nämlich nicht derjenige, welcher den Meineid ſchwört, der phyſiſche Urheber ſeyn, ſondern beide, der Falſchſchwörer und ſein Anſtifter, ſollen intellektuelle Urheber ſeyn, die mittelſt des Gerichts, als ſelbſtloſen phyſiſchen Urhebers, wirken. Wollte man nun aber auch dieſe abenteuerliche Wendung gelten laſſen, ſo müßte man doch ſogleich ein-

1) Wächter I. S. 149. Heffter §. 98. n. 3. Abegg S. 115. n. 47.

wenden, daß immerhin nur der Falſchſchwörer ſelbſt als alleiniger Urheber gelten könne, ſ. ebend. S. 333 bis 341, der Anſtifter aber nach S. 368 nur als intellektueller Theilnehmer gelten dürfe, „aber nicht einmal als mitwirkende Urſache zur objektiven Exiſtenz des Verbrechens angeſehen werden könne.“ Zwar ſcheint nun der Verf. ſeine Inkonſequenz zu fühlen und ſucht derſelben S. 379 dadurch zu entgehen, daß er auf den Falſchſchwörer und ſeinen Anſtifter die Grundſätze vom Komplotte anwendet. Dabei hat er aber wohl überſehen, daß er S. 374 ſelbſt beim Komplott den bloß intellektuellen Theilnehmer für minder ſtrafbar erklärt. Allein, auch abgeſehen hievon, wird wohl der letztere Ausweg Niemand befriedigen, um ſo weniger, als Luden ſelbſt S. 380 in der Anm. demſelben mißtraut und andeutet, die Handlung des Anſtifters könnte auch nur als Verſuch aufgefaßt ſeyn, den aber die P. G. O. wegen ſeiner beſondern Bosheit der Vollendung durch den wirklichen Urheber gleichgeſtellt habe! —

§. 147.

Dagegen iſt der Anſtifter anders zu beurtheilen, wenn der phyſiſche Urheber nicht von ihm determinirt worden war. Dies iſt aber auf verſchiedene Weiſe möglich: 1) Die Anſtiftung kann überall ohne Erfolg geblieben ſeyn; und zwar indem entweder a) derjenige, auf welchen intellektuell eingewirkt werden ſollte, ſich dadurch nicht beſtimmen ließ und folglich die bezweckte Handlung ganz unterblieb, oder b) dieſe Handlung zwar ausgeführt wurde, aber nicht infolge der Anſtiftung, ſondern als Produkt eines von dieſer unabhängig entſtandenen Entſchluſſes. Letzteres kann wiederum in verſchiedener Weiſe vorkommen, nämlich theils ſo, daß der Anſtifter ſeine Einwirkung bei einem für ſich ſchon Entſchloſſenen anbrachte,

theils ſo, daß die intellektuelle Theilnahme ſelbſt ſich als bloßes Nichtverhindern eines ſchon ſelbſt Entſchloſſenen äuſſert. In allen dieſen Fällen iſt dem intellektuellen Miturheber ein bloßer Verſuch des Verbrechens zuzurechnen, und zwar ein beendigter Verſuch mit untauglichem Mittel, resp. ein nicht beendigter. 2) Die Anſtiftung kann wirkſam geworden ſeyn, aber hinterher ihre Wirkſamkeit wieder verloren haben, indem der Angeſtiftete ſofort ſeinen Sinn wieder änderte und die Handlung unterließ, oder zwar verſuchte, aber vom Verſuche freiwillig wieder abſtand; hier liegt wiederum ein beendigter Verſuch mit untauglichem Mittel vor. — 3) Beides kann auch zuſammentreffen, d. h. die Anſtiftung kann wirkſam geworden ſeyn, aber der Angeſtiftete relativ unabhängig vom Anſtifter gehandelt haben. Und zwar kann derſelbe a) ein ganz andres Verbrechen verübt, b) ein weiteres Verbrechen dazu begangen, c) nur in Beziehung auf die Modalitäten des Auftrags dieſen überſchritten haben. Hier müſſen die Grundſätze über dolus und culpa zur Anwendung kommen, d. h. dasjenige, was der phyſiſche Urheber ohne Auftrag gethan hat, iſt dem Anſtifter entweder nicht zuzurechnen, wenn er es als Folge ſeiner Einwirkung nicht vorausſehen konnte (ſo wohl in der Regel, wenn der Thäter ein ganz andres Verbrechen begieng), oder es iſt ihm zur Abſicht oder zum Verſehen zuzurechnen, wenn er es als Folge ſeiner Einwirkung vorausſehen konnte oder mußte.

Anm. — Selten werden dieſe verſchiedenen Fälle gehörig unterſchieden. Auch ſolche, die, wie Kitka und Hufnagel [1]) in's Einzelne eingehen, machen doch gerade den Haupt-Unterſchied, auf den hier Alles ankommt, nicht: ob die intellektuelle Einwirkung in der

1) Daſſelbe gilt von Roſſi III. S. 28 ff. vgl. Mittermaier n. 3. 4. 7. 8. zu Feuerbach §. 46.

That beſtimmend geweſen iſt, oder nicht. Den erſteren Fall behandelt der vorige §. Mit dem dort Geſagten ſtimmt denn auch Hufnagel III. S. 87—90 überein; allein theilweiſe aus bloß formellen oder auch unrichtigen Gründen. Kitka a. a. O. S. 43 und er ſtellen nämlich Fälle des vorigen §en mit ſolchen des vorliegenden zuſammen, was unzuläßig iſt und die Sache nothwendig verwirren muß. Sie behandeln namentlich den Fall, wenn die Anſtiftung wirkſam geworden, aber der Angeſtiftete noch vor begangenem ſtrafbaren Verſuche durch äuſſere Umſtände unterbrochen worden war, mit den Fällen gleich, wenn der erkorene phyſiſche Thäter ſich in der That gar nicht beſtimmen ließ, oder ſich zwar beſtimmen ließ, aber freiwillig wieder zurücktrat. Sie unterſcheiden alſo, wie auch der Gerichtshof bei Hufnagel III. S. 641—644 zwiſchen wirkſamer und unwirkſamer Anſtiftung in dem Sinn, daß ſie erſtere nur annehmen, wenn der wirkſam Angeſtiftete auch wirklich bereits zum ſtrafbaren Verſuche gekommen iſt, unwirkſame dagegen überall, wo noch von Seiten des phyſiſchen Urhebers kein als Folge der Anſtiftung zu betrachtender ſtrafbarer Verſuch vorliegt. Allein es iſt leicht einzuſehen, daß dieſe Unterſcheidung von wirkſamer und unwirkſamer Anſtiftung ſehr willkührlich iſt. Wenn ſich namentlich Kitka darauf beruft, daß man auſſerdem keinen feſten Anhaltspunkt für die kriminelle Strafbarkeit des intellektuellen Urhebers habe, ſo wird dieſe Bemerkung durch die gegenwärtige Ausführung widerlegt werden. Eine wirkſame Anſtiftung kann doch offenbar nur diejenige heiſſen, welche in dem Anzuſtiftenden den Entſchluß zu der vom Anſtifter bezweckten That wirklich hervorgerufen, hiemit dieſen zum Mittel für jenen Zweck wirklich gemacht hat. Eine unwirk-

ſame dagegen eine ſolche, welche dieſen Effekt nicht gehabt oder zwar gehabt, aber noch vor der Verübung des Verbrechens wieder verloren hat. Unmöglich können dieſe beiden Fälle dieſelbe Beurtheilung verdienen. Denn nur im erſtern iſt das Faktum (das Geſchehen oder Unterbleiben der verbrecheriſchen Handlung) auf den Willen des Anſtifters als das beſtimmende Princip zurückzuführen. Eben daraus rechtfertigt ſich die im vorigen §en gegebene Entſcheidung, insbeſondre auch die Strafloſigkeit des Anſtifters, wenn der wirkſam Angeſtiftete durch äuſſere Umſtände verhindert wurde, die Grenze des ſtrafbaren Verſuchs zu beſchreiten [1]). Ganz auders verhält ſich aber die Sache im zweiten Fall. Hier iſt das Unterbleiben nicht dem Anſtifter zuzurechnen, ſondern es iſt das Produkt des fremden Willens und kann deshalb dem Anſtifter nicht zu Statten kommen. Dies folgt aus demſelben Princip, nach welchem man dem Anſtifter auch dann bloßen Verſuch (oder wie Andre wollen, bloß Beihilfe) zurechnet, wenn die That zwar wirklich verübt worden iſt, aber in Folge eines von der intellektuellen Einwirkung unabhängigen Entſchluſſes. Es iſt in der That unbegreiflich, wie man Lezteres zugeben, und doch zugleich Erſteres läugnen kann. Denn, rechnet man dem Anſtifter im zweiten Fall einen ſtrafbaren Verſuch (oder dieſelbe Strafbarkeit wegen Beihilfe) an, obgleich das Faktum nicht als ſein Produkt angeſehen wird, ſo muß ja ſeine Strafbarkeit eben nur darin gefunden werden, daß er dieſes Faktum wenigſtens hervorbringen wollte und zu dieſem Behufe thätig (nämlich intellektuell thätig) geworden war. Ganz das Gleiche liegt aber vor, wenn der fremde Wille in

1) S. hierüber Rossi III. S. 31. 32.

die Abſicht des Anſtifters gar nicht oder nur ſcheinbar eingieng, oder zwar eingieng, aber wieder vor der Zeit abgieng. Der Anſtifter ſeinerſeits hat ſich hier gerade eben ſo ſchuldig gemacht, wie dort. Das Unterbleiben der That iſt ihm hier gerade ebenſowenig zuzurechnen, als dort ihr Geſchehen. Gleichwohl ſoll er hier ſtraflos ausgehen, während er dort geſtraft werden ſoll! Liegt darin nun irgend Konſequenz? — Man läßt ſich hier von dem rohen ſinnlichen Eindrucke des äuſſeren Schadens leiten [1]), und vergißt, daß man, wenn man in dem einen Falle den intellektuellen Urheber ſtraflos läßt, ſo ungerecht als möglich ihn im anderen Falle einer Strafe unterwirft. Den Wirtembergiſchen Gerichten und Hufnagel zwar ſteht einigermaßen rechtfertigend der Art. 63 des Geſetzbuchs zur Seite, ſofern derſelbe die entfernten Verſuchshandlungen, d. h. alle, die noch keinen Anfang der Ausführung enthalten, der Regel nach für ſtraflos erklärt (wogegen allerdings die doktrinelle Behauptung der Motive, daß in jeder Anſtiftung eo ipso ein beendigter Verſuch liege, keine Bedeutung haben kann, da ſie dem Art. 63 geradezu widerſpricht [2]). Denn offenbar muß hiernach die Anſtiftung als ſolche überall unter die bloßen Vorbereitungshandlungen gerechnet und hiemit aus formellen Gründen der Unterſchied zwiſchen wirkſamer und unwirkſamer Anſtiftung ſo beſtimmt werden, wie ihn die wirtembergiſchen Gerichte beſtimmen. Allein ſelbſt auf dieſem formellen Standpunkt hat man dann jedenfalls Unrecht, wenn man einen Anſtifter beſtraft, der einen ſchon Entſchloſſenen zu determiniren ſuchte, aber nicht wirklich determinirte; denn die verübte

1) So auch Rossi a. a. O. Hellie II. S. 51.

2) Aehnlicher Weiſe ſteht Kitka das Oeſtr. Strafgb. über Gefällte Uebertretungen. §. 18 zur Seite.

Handlung iſt hier lediglich dem phyſiſchen Urheber zuzurechnen, und die Anſtiftung als eine unwirkſame, d. h. als eine ſtrafloſe Vorbereitungshandlung zu betrachten. Abgeſehen aber von dieſem formellen Standpunkte muß ohnedies die Entſcheidung ganz anders ausfallen (namentlich auch, wenigſtens nach Jenulls Anſicht über Th. I. §. 7, nach öſtreichiſchem Rechte). Denn nach allgemeinen Grundſätzen rechtfertigt ſich eben der Art. 63 des Wirt. Gbs. keineswegs. Wenn vielmehr ein ſtrafbarer Verſuch überall anzunehmen iſt, ſobald die beſtimmte Abſicht, ein beſtimmtes Verbrechen zu begehen, ſich thätig manifeſtirt hat, ſo muß nothwendig auch die Anſtiftung unter den Begriff des Verſuchs geſtellt werden; denn intellektuelle Thätigkeit iſt ebenſowohl Thätigkeit, als phyſiſche, wie denn ja auch Niemand daran ein Arg hat, die intellektuelle Beihilfe der phyſiſchen gleichzuſetzen. Anſtiftung iſt alſo nichts Anderes, als ein Verſuch des Verbrechens mittelſt intellektueller Thätigkeit und deshalb Verbrechen [1]).

Beiläufig wird hier alſo auch die Meinung derjenigen verworfen, welche von einer verſuchten und vollendeten Anſtiftung ſprechen [2]), wogegen Zachariä, der ſelbſt früher dieſer Anſicht war, Lehre vom Verſuch II. §. 165. Nr. 2. zu vergleichen iſt. Dieſer ſagt ganz richtig, die Strafbarkeit der Anſtiftung ſei nur inſofern ſelbſtändig zu beurtheilen, als ſie von der Strafbarkeit

---

1) **Rossi** erklärt ſie wenigſtens für ein ausnahmsweiſe ſtrafbares delictum sui generis.

2) Mittermaier N. Arch. I. S. 177. 178. Zachariä Verſuch I. §. 35. **Rossi** a. a. O. iſt damit nicht zu verwechſeln, da er zwar die provocation als del. sui gen. behandelt wiſſen will, aber uur ausnahmsweiſe, d. h. ſo, daß ſie, ehe ſie wirkſam geworden, gleich dem Komplott polizeilich zu beſtrafen ſei.

des Verſuchs des Thäters unabhängig ſei. Auch giebt er den Unterſchied zwiſchen gelungener und nicht gelungener Anſtiftung an und für ſich richtig an. Dagegen kann es weiterhin auf keine Weiſe gebilligt werden, wenn er die wirkſam gewordene Anſtiftung ſtets als einen beendigten Verſuch behandelt wiſſen will, gleichviel, ob der phyſiſche Urheber mehr oder minder thätig geworden oder ob das Verbrechen, ſei es nun durch zufällige Hinderniſſe oder in Folge einer Willensänderung des Thäters, ganz unterblieben ſei [1]). Denn in dem letztgedachten Falle iſt ja eben die Wirkſamkeit der Anſtiftung wieder aufgehoben worden; wie kann alſo auf ihn der von Zachariä für jene Behauptung angeführte Grund paſſen: daß der Angeſtiftete einem willenloſen Werkzeuge zu vergleichen ſei? Offenbar muß alſo der gedachte Fall rechtlich unter die nicht gelungene Anſtiftung ſubſumirt, mithin nach Zachariä's Kategorieen als nicht beendigter Verſuch (oder wie er ſelbſt richtig andeutet, als Verſuch mit untauglichem Mittel) behandelt werden. Was aber die Fälle der wirkſam gewordenen und wirkſam gebliebenen Anſtiftung betrifft, ſo iſt es unrichtig, wenn Z. hier allezeit einen beendigten Verſuch des Verbrechens annimmt, der übrigens — nach §. 184 — an und für ſich geringer ſtrafbar ſeyn ſoll, als ein beendigter Verſuch des Thäters, und weiterhin in Strafbarkeit wachſen ſoll, je weiter der phyſiſche Urheber in der wirklichen Vollziehung der Handlung komme. Offenbar hat Z. hier das von ihm ſelbſt aufgeſtellte Princip, daß der Angeſtiftete zu dem Anſtifter ſich als bloßes Werkzeug verhalte, gar nicht gehörig erwogen, da er ſonſt dieſelben Grundſätze hätte aufſtellen müſſen, welche der vorige §.

1) S. dagegen **Rossi** a. a. O.

enthält [1]). Allerdings muß aber Z. mit ſeiner im Weſentlichen richtigen Anſicht über die Behandlung der Anſtiftung dadurch in's Gedränge kommen, daß er, wie das Wirtemb. Strafgb., keinen entfernten Verſuch und überdies keinen Verſuch mit untauglichen Mitteln ſtatuiren will. Wollte er ſich in dieſer Richtung konſequent bleiben, ſo mußte er ſeine großentheils richtige Anſicht aufgeben und vielmehr ſo argumentiren, wie oben von Kitka, Hufnagel und den Wirtemb. Gerichten bemerkt wurde. Denn die willkührliche Behauptung, daß die Anſtiftung, ſogar die nicht gelungene, über den Kreis der Vorbereitungshandlungen hinaus falle und bereits den Anfang der Ausführung enthalte, kann den großen Widerſpruch mit den ſonſtigen Behauptungen Z's. über die Grade und den Anfangspunkt des ſtrafbaren Verſuchs keineswegs verdecken. Seine Anſicht bildet den unmöglichen Verſuch, die vorgedachten Vorausſetzungen der Wirt. Gerichte mit der richtigen Anſicht zu vereinigen. Vielleicht nimmt man aber daran Anſtoß, daß hier die wirkſame Anſtiftung für ſtraflos ausgegeben wird für den Fall, daß der Angeſtiftete durch äußere Gründe verhindert wird, etwas zu unternehmen, während andrerſeits ein ſtrafbarer Verſuch darin liegen ſoll, wenn der Anſtifter entweder von vornherein ſeinen Zweck nicht erreicht [2]), oder ihm derſelbe durch eine Sinnesänderung

1) Andrerſeits ſind dieſe von Mittermaier a. a. O. und Luden Abh. I. S. 448 richtig angewendet, aber es iſt gleichfalls darin gefehlt, daß der Fall, wo beide als Miturheber zu betrachten ſind, von den Fällen des vorliegenden §en nicht unterſchieden ſind. Ueberdies hat Luden ſeine frühere theilweiſe richtige Anſicht ſpäter wieder zurückgenommen. Abh. II. S. 394. n. 1.

2) Der Bad. Entw. Art. 108 macht die Strafbarkeit des Anſtifters davon abhängig, daß der Thäter den Auftrag annahm. S. auch **Rossi** a. a. O.

des Angeſtifteten wieder vereitelt wird. Betrachtet man die Sache von ihrer ſinnlichen Seite, ſo könnte man ſagen: in beiden Fällen liege doch wirklich noch kein äußerer Schaden vor, und andrerſeits ſei in beiden Fällen die gleiche (widerrechtliche) intellektuelle Thätigkeit ausgeübt worden; mithin müſſe man gerechter Weiſe entweder in beiden Fällen ſtrafen oder in beiden nicht ſtrafen [1]. Indeſſen kann ſchon auf dieſem Standpunkte auf den Fall aufmerkſam gemacht werden, wenn der Angeſtiftete in Folge der Anſtiftung bereits einen ſtrafbaren Verſuch begangen hat, aber nun freiwillig abgeſtanden iſt. Hier wird man ohne Zweifel dieſen Verſuch, welcher dem Thäter offenbar nicht zugerechnet werden kann, dem Anſtifter zurechnen [2]; man wird mithin zugeben, daß nicht in allen Fällen die mißlungene Anſtiftung ſtraflos bleiben dürfe. Man wird dies namentlich auch in dem bereits angeführten Fall nicht behaupten, wenn zwar das Verbrechen begangen worden iſt, aber gar nicht in Folge der Anſtiftung; wenigſtens macht man hier allgemein den Anſtifter, obgleich die Anſtiftung nicht wirkſam war, für Verſuch oder Beihilfe verantwortlich. Man wird ſich alſo endlich dahin neigen, die mißlungene Anſtiftung überhaupt für einen ſtrafbaren Verſuch zu halten (wie dies eben von Zachariä gezeigt wurde). [3] Indeſſen nun eben wird man es für ungerecht halten, wenn in dem Falle der wirkſamen Anſtiftung dieſe bei zufällig vereiteltem Verſuche für ſtraflos ausgegeben wird. Allein der Widerſpruch iſt

1) Der letztern Meinung folgt (ſeinem Geiſte widerſprechend) das franzöſiſche Recht. Hellie II, S. 117.

2) AM. iſt das franz. Recht. Hellie II. S. 51. vgl. Mittermaier n. 3. zu Feuerbach §. 46.

3) Vgl. Mittermaier n. 9 zu Feuerbach §. 46.

nur ſcheinbar, und löst ſich, ſobald man bedenkt, daß die an und für ſich allerdings als ein Verſuch des Verbrechens mittelſt intellektueller Thätigkeit zu prädicirende Anſtiftung in den Fällen des vorigen §en alsbald von dem Begriff der Miturheberſchaft abſorbirt wird, während die nicht wirkſame Anſtiftung eben deshalb, weil der erkorene Thäter nicht Miturheber werden will, die Natur des Verſuchs beibehält. Wollte man eine beſonders bei Zachariä beliebte Aushilfe gebrauchen, ſo könnte man ſagen: moraliſch ſei zwar die Anſtiftung als Verſuch des Verbrechens ſtets in gleicher Weiſe zu verdammen, aber bekanntlich ſpiele ja der Zufall auch ſonſt im Strafrechte eine große Rolle u. ſ. f. Allein man bedarf einer ſolchen Aushilfe in der That nicht. Der Verſuch, der in der Anſtiftung liegt, hat zunächſt zum Zweck, die Bewirkung der verbrecheriſchen Handlung durch eine andre Subjektivität zu veranlaſſen. Offenbar iſt nun die gelungene Anſtiftung nicht mehr ein ſolcher Verſuch, alſo jedenfalls anders zu behandeln. Wenn es aber ferner auf der einen Seite den Schein hat, als müßte die weiterfortgeſchrittene Thätigkeit des Anſtifters im letzteren Falle ſogar eine ſtrengere Beſtrafung verdienen, ſo iſt doch auf der andern Seite nicht zu verkennen, daß eben durch das Gelingen der intellektuellen Einwirkung der Anſtifter in eine völlig neue Lage kommt, daß ſeine Thätigkeit nun ganz in den Begriff der Miturheberſchaft ſich auflöst. Er hat ſein Ziel erreicht, welches darin beſtand, eine fremde Subjektivität als Mittel zu ſeinem Zwecke zu gewinnen. Dieſer Verſuch als ſolcher war ſtrafbar, weil darin bereits eine Thätigkeit für das Verbrechen lag. Nachdem aber nun das Mittel gewonnen iſt, ſo iſt wohl zu bedenken, daß das Mittel in dieſem Falle eine freie Subjektivität iſt, die keineswegs in der-

ſelben Abhängigkeit vom Willen des Anſtifters ſteht, wie z. B. ein äußeres Mittel (Gift, Waffen ꝛc.) von dem Willen eines phyſiſchen Urhebers. Im Gegentheil begiebt ſich der Anſtifter eben durch das Gelingen der Anſtiftung in Abhängigkeit vom Willen des Anſtifters, er überantwortet ſich ſeiner Diskretion, macht deſſen Handlungen oder Unterlaſſungen zu den ſeinigen. Forthin iſt alſo der Anſtifter ſo zu betrachten, als ob er Eine Perſon mit dem Angeſtifteten wäre. Er kann deßhalb nicht ſtrafbar ſeyn, wo der lediglich ihn repräſentirende Angeſtiftete ſtraffrei ausgeht. Vielmehr eben, indem das Ich des Anſtifters mit der gelungenen Anſtiftung in das des Angeſtifteten ſich aufhebt, iſt die vorhergehende Thätigkeit des Anſtifters ebenſo zu betrachten, als wäre ſie im Ich des Angeſtifteten vorgegangen, mithin als nuda cogitatio, cujus poenam nemo patitur. Auch liegt in der That in dem behaupteten Satze keinerlei Privilegium für die gelungene Anſtiftung. Denn eben, weil er nun ganz vom Angeſtifteten abhängig iſt, ſteht es in deſſen Macht, dem Anſtifter jeden Augenblick die volle Strafe des vollendeten Verbrechens zuzuziehen, wenn nicht etwa der Anſtifter alsbald wieder die Anſtiftung vollſtändig zurücknimmt. Da nun in pejus der Anſtifter unter der gedachten Abhängigkeit leiden muß, ſo iſt es nicht mehr, als recht und billig, daß er auch in mitius dadurch den Vortheil habe, ſtraflos auszugehen, wenn ein äußerer Zufall die ganze Unternehmung von vorn herein vereitelt.

Was nun die einzelnen oben unterſchiedenen Fälle betrifft, ſo iſt noch näher zu bemerken: zu 1. a.[1]) Dieſelbe Anſicht hat, wie geſagt, auch Zachariä II. §. 165,

---

1) Gute Bemerkungen und Unterſcheidungen hinſichtlich der verſchiedenen Arten der Anſtiftung ſ. bei Zirkler N. Arch. 1839. S. 439–445.

indem er die mißlungene Anſtiftung unter die Rubrik des nicht beendigten Verſuchs, resp. des beendigten Verſuchs mit untauglichem Mittel ſtellt. Nur kann, wie gleichfalls ſchon bemerkt wurde, die Vereinbarkeit dieſer Anſicht mit Z's Theorie über Anfang und Grade des Verſuchs nicht zugegeben werden, und iſt ſowohl gegen ihn, als gegen Luden Abh. I. S. 444—446 der Vorwurf der Inkonſequenz mit allem Grunde zu erheben. Beide behaupten, die Anſchaffung des phyſiſchen Thäters ſei zwar nach einer Seite bloße Anſchaffung eines Mittels; wenn aber die Anſchaffung gelungen ſei, ſo liege in der Anſchaffung auch von ſelbſt ſchon die Anwendung des Mittels. Zachariä will aber ſogar in der nicht gelungenen Anſchaffung mehr, als bloße Anſchaffung des Mittels, nämlich eine Anwendung und Ausführung, wie bei dem, der ſchon das Gift unter die Speiſen zu miſchen begonnen hat, erblicken! — Nicht minder ſonderbar ſind die Behauptungen beider Schriftſteller über das römiſche Recht. Luden zwar iſt in ſoweit konſequent, als er dem römiſchen Recht überhaupt (fälſchlicher Weiſe) den Grundſatz unterlegt, daß bloß die nächſten Verſuchshandlungen ſtrafbar ſeien; hiemit ſtimmt es denn nun wenigſtens überein, wenn er die gelungene Anſtiftung (freilich auch willkührlich genug) für eine ſolche nächſte Verſuchshandlung erklärt, und folgeweiſe von der noch nicht gelungenen behauptet, ſie könne als bloße Vorbereitungshandlung nicht ſtrafbar geweſen ſeyn. a. a. O. S. 293—298. 443. Gleichwohl iſt ſeine Beweisführung dabei ganz verkehrt, wenn er ſagt: der Grund der Strafbarkeit der intellektuellen Theilnahme liege lediglich in dem dolus, daß das Verbrechen begangen werde, der dolus ſei aber noch nicht der bloße Gedanke oder Wunſch des Verbrechers, ſondern könne juriſtiſch erſt dann angenommen

werden, wenn Mittel angewendet werden, um den Gedanken zu verwirklichen. Hiemit nämlich hat er zwar allerdings vollkommen Recht; aber offenbar beweist es ſeinen Satz nicht; denn nun wäre weiter zu ſchließen: die intellektuelle Einwirkung iſt bereits nicht mehr bloßer Gedanke und Wunſch, ſondern ein Mittel, den Gedanken zu realiſiren, alſo 2c. 2c. Statt deſſen folgt die unbegreifliche Wendung: Das Mittel, deſſen der intellektuelle Urheber ſich bediene, ſei der phyſiſche, und ſolange dieſer ſich noch nicht bereit gezeigt habe, ſei er noch gar kein Mittel! Um ſo unbegreiflicher, da L. zwei Zeilen vorher ſagt: Ob die Mittel zum Endzwecke führen, ſei für das Daſein des dolus gleichgiltig, aus welchem, für das römiſche Recht ganz richtigen, Satze er alſo vielmehr gerade das Gegentheil hätte folgern müſſen, sc. daß das römiſche Recht den mittelſt intellektueller Thätigkeit manifeſtirten dolus ſtrafbar finde, das Mittel (die intellektuelle Thätigkeit) möge zu ſeinem Endzwecke geführt haben oder nicht. — Dagegen erkennt Zachariä richtig an, daß das römiſche Recht im Allgemeinen keineswegs bloß nächſte, ſondern auch entfernte Verſuche ſtrafe. I. S. 219. II. S. 5. Nr. 2. Gleichwohl behauptet er hinſichtlich der Anſtiftung daſſelbe, wie Luden (II. §. 194—201), während er früher geſagt hatte, das römiſche Recht ſtrafe auch die Anſtiftung an und für ſich (I. S. 219). Allein dieſe Behauptung iſt nicht nur allen ſeinen ſonſtigen Behauptungen über den Geiſt des römiſchen Rechts entgegen, ſondern auch im Beſonderen keineswegs genügend motivirt. Zuvörderſt ſteht (ſ. o.) der Satz in §. 196, daß das röm. Recht auf den Kauſalzuſammenhang zwiſchen der intellektuellen Einwirkung und der nachher etwa wirklich erfolgten Handlung ein entſcheidendes Gewicht gelegt habe, in direktem

Widerſpruche mit der Einräumung, daß es nicht darauf geſehen habe, ob der Angeſtiftete das Verbrechen auch ohnedies begangen haben würde. Wenn aber auch jenes wahr wäre, ſo wäre dadurch keineswegs die Strafbarkeit eines bloßen Verſuchs ausgeſchloſſen. Die Worte Causam mortis praebere beweiſen aber gar nichts gegenüber den an Zahl unendlich überwiegenden, §. 195 von Zachariä ſelbſt angef. Ausdrücken, welche eine Hindeutung darauf, daß die Handlung wirklich vollzogen ſeyn müſſe, keineswegs enthalten. Was endlich die §. 199—201 angef., dem öffentlichen Strafrechte angehörigen, Stellen betrifft, ſo ſprechen ſie, namentlich im Gegenſatz von den §, 198 angef., die Privatdelikte angehenden, ſo ſtark gegen Z's Anſicht, daß es eben nur der von ihm ſelbſt beigebrachten Data bedarf, um ihn zu widerlegen. — Der hier vertheidigten Anſicht ſtimmen auch Mittermaier (ſ. o.) und — mit einigen, wohl überflüſſigen, ſichtlich dem Römiſchen Rechte zu lieb gemachten, Modifikationen — auch Heffter bei [1]. — Ueber 1 b. war ſchon oben ausführlich die Rede (§. 137. 145). — ad 2) iſt zwar die Anſtiftung wirkſam geweſen, aber dieſe Wirkſamkeit wird ſofort zum bloßen Schein; das taugliche Mittel verkehrt ſich zum untauglichen, der ſcheinbar gelungene Verſuch zeigt ſich in Wahrheit als ein mißlungener, — ein Fall, der eben nur bei dem Anſtifter, als welcher eine freie Subjektivität zu ſeinem Mittel macht, vorkommen kann. Daß nun hier den Anſtifter eine Verſuchsſtrafe treffen müſſe, während der Angeſtiftete ſtraffrei ausgeht, iſt weniger

1) Lehrb. §. 87. n. 2. die Bemerkung a) bezieht ſich, wie es ſcheint, auf l. 1. D. de extraord. crim. und ähnliche Fälle; b) auf l. 15. §. 10. D. de injuriis. Daß eine Inſtigation, die keinen beſtimmten dolus zeigt, ſtraflos iſt, verſteht ſich aber von ſelbſt.

beſtritten. AM. müſſen freilich diejenigen ſeyn, welche von den Vorausſetzungen Kitkas [1]) ausgehen. Wer aber in der Anſtiftung überhaupt, ſie mag gelungen ſeyn oder nicht, einen ſtrafbaren Verſuch ſieht, der kann nicht anders entſcheiden, als hier geſchehen iſt, wiewohl jene Vorausſetzung einen Irrthum enthält [2]). Daſſelbe Reſultat findet ſich auch bei Luden, freilich gleichfalls aus einem nicht annehmbaren Grunde. Denn er findet den Anſtifter hier gerade deswegen ſtrafbar, weil ihm die Anſtiftung gelungen ſei (weil vollendete Theilnahme vorliege) [3]), während doch das bloß ſcheinbare Gelingen rechtlich dem Mißlingen gleichgeachtet, alſo gerade das Gegentheil behauptet werden muß. Beſonders herauszuheben iſt übrigens noch der Fall, wo der Angeſtiftete in Folge der Anſtiftung wirklich einen ſtrafbaren Verſuch begangen hat, nun aber freiwillig abgeſtanden iſt, z. B. er hätte tödten ſollen, hat aber nur verwundet und ſich hiemit begnügt. Hier iſt natürlich eine doppelte Beurtheilung anzuwenden; bis zu dem Augenblicke hin, wo der Angeſtiftete einen eigenen Willen äuſſerte, müſſen die Grundſätze des vorigen §en zur Anwendung kommen; von jenem Augenblick an dagegen die des vorliegenden. Die Verwundung iſt mithin zunächſt dem Anſtifter und Angeſtifteten als Tödtungsverſuch zuzurechnen; allein nun iſt weiter zu ſagen: in Folge ſeiner Sinnesänderung verwandelt ſich dieſer Tödtungs-Verſuch für den phyſiſchen Urheber in konſummirte Verwundung; dagegen bleibt dem intellektuellen Urheber ein Tödtungsverſuch aufzurechnen, jedoch nur als Verſuch

1) Hufnagel III. S. 93. Bauer Abh. I. S. 361. 431.

2) Zachariä II. §. 165. 269. Rossi III. S. 36 will hier wieder die Anſtiftung als delictum sui generis beſtraft wiſſen.

3) S. Abh. II. S. 355 n. 1. früher war Luden AM. I. S. 448.

mit untauglichem Mittel. AM. iſt Kitka, und mit ihm Hufnagel, jedoch hier ohne Nöthigung durch die mehrerwähnten Vorausſetzungen. Uebrigens iſt Erſterer konſequenter, als Letzterer; denn bei jenem geht die Entſcheidung, daß in vorliegendem Falle auch der Anſtifter für konſummirte Verwundung hafte, von dem allgemeineren Principe aus, daß (ſ. S. 34) der Anſtifter für alle Handlungen des Angeſtifteten hafte, die mit der aufgetragenen Handlung eine gemeinſchaftliche Triebfeder und ein gemeinſchaftliches materielles Merkmal haben, — gegen welches allgemeine Princip ſich Hufnagel III. S. 91. 92. erklärt [1]). — Dieſer Fall macht übrigens den Uebergang.

ad 3) Und hier fragt ſich denn, ob das eben angegebene allgemeine Princip Kitka's richtig ſei [2])? Derſelbe behauptet auch ferner: daß der Anſtifter, der nur eine Verwundung aufgetragen habe, für Tödtung haften müſſe, wenn der Mandatar den zu Verwundenden todtgeſchlagen habe. Indeſſen ſcheint dieſe Behauptung weniger aus jenem Princip gefloſſen, als dem Art. 123 des öſtr. Strafgb's zulieb gemacht worden zu ſeyn. — Jenes allgemeine Princip nun iſt offenbar zu abſtrakt, und in dieſer Beziehung kann man es nur billigen, wenn Abegg [3]) (freilich zunächſt bei einer andern, jedoch ähnlichen Frage, nämlich: welchen Einfluß der Ablauf der Zeit zwiſchen dem Auftrag zu einem Verbrechen und der Ausführung deſſelben durch den Beauftragten auf die Strafbarkeit der beiden Betheiligten habe?) gegen die Ausführung von Kitka bemerkt: die Frage ſei eine thatſächliche, es komme Alles auf die konkreten Umſtände,

1) Vgl. Stübel Theilnahme. S. 83. 84.
2) S. dagegen **Rossi** III. S. 39 ff.
3) N. Arch. 1841. S. 379 ff.

nämlich darauf an, ob unter dieſen Umſtänden der Auftrag noch als wirkſam habe betrachtet werden können und müſſen. Am richtigſten ſagt man daher wohl, daß hier einfach die allgemeinen Grundſätze über Zufall, Verſehen und Abſicht zur Anwendung kommen müſſen. In dem von Kitka ausgehobenen Falle nun, wenn der Mandatar geradezu ein andres Verbrechen begangen hat, als ihm aufgetragen war, wird wohl ſelten eine Zurechnung dieſes Verbrechens für den Mandanten ſtattfinden können, wenngleich er natürlich dann ſtets wegen mißlungener Anſtiftung haftet. Indeſſen laſſen ſich doch auch Umſtände denken, die Erſteres zulaſſen, z. B. wenn der Auftrag in zweideutiger Weiſe gegeben war, oder wenn der Anſtifter ſelbſt wußte, daß der Zweck nur auf die Weiſe zu erreichen ſei, auf welche er erreicht wurde, oder ſich dies wenigſtens dachte, abſichtlich aber den Auftrag anders gab, weil er erwartete, daß der Mandatar doch das rechte Mittel ergreifen werde, zugleich aber ſich eine Ausrede ſalviren wollte. Eben weil hier Alles auf den konkreten Fall ankommt, ſo iſt es wohl nicht paſſend, abſolut zu ſagen, daß bei Exceſſen des Mandatars der Mandant nie hafte, ſobald dieſer Art und Weiſe, Zeit und ſonſtige Modalitäten genau angegeben habe. Ueberdies wäre dies praktiſch ſehr gefährlich, da unter der Vorausſetzung eines ſo abſtrakt diſtinguirenden Geſetzes der Anſtifter ſich in den meiſten Fällen durch eine, das Geſetz verhöhnende, recht genaue Verklauſulirung ſeines Mandats ſtraffrei machen könnte [1]). Kitka und Hufnagel, die jenes behaupten, ſagen andrerſeits, wenn der Auftrag die Modalitäten nicht ſpecificirt habe, ſo müſſe der Anſtifter, ſobald der Mandatar von mehreren

1) S. auch Simoni II. S. 57. Hellie II. S. 78.

möglichen Arten der Verübung die ſchwerere gewählt habe, eben für dieſe mithaften. Offenbar iſt aber hier auf das ſubjektive Belieben des Anſtifters viel zu ſehr Gewicht gelegt; und es ſteht wieder die beliebte Beſchränkung des dolus auf den Begriff des Vorſatzes im Hintergrunde, um ſo merkwürdiger, als das richtige Bewußtſein, daß er viel weiter gefaßt werden müſſe, ſich wenigſtens in dem vorgedachten abſtrakten Grundſatze Kitka's ſichtlich geltend zu machen ſucht [1]. Letzterer ſtellt auch noch (S. 50) den, wohl kaum erfahrungsmäßigen, Fall auf, daß Jemand einem Andern befehle, überhaupt ein Verbrechen zu begehen, und entſcheidet, daß hier der Auftraggeber für jedes von dem Mandatar verübte Verbrechen verantwortlich ſei [2]. Aber dadurch wird der Widerſpruch mit jener andern Behauptung, daß bei genau beſtimmtem Auftrage der Mandant für einen Exceß des Mandatars niemals hafte, nur um ſo ſchneidender. Im Weſentlichen richtig, und offenbar, wie auch ſonſt bei mehreren Entſcheidungen, von dem wahren Begriff des dolus ausgehend, ſagt das Wirtembergiſche Strafgb. Art. 76 [3]. Dem Anſtifter ſei jede von ihm nicht ausdrücklich ausgenommene That, welche als Mittel zur Ausführung des bezweckten Verbrechens nothwendig geweſen ſei, ſowie jedes Verbrechen, welches als unvermeidliche Folge aus der beabſichtigten That entſtanden ſei, als vorſätzlich zuzurechnen, falls nur der Anſtifter die Nothwendigkeit jenes Mittels und die

---

1) Vgl. auch die ganz richtigen Bemerkungen Kitka's S. 20.

2) S. dagegen auch Mittermaier N. Arch. III. S. 129. Zirkler ebend. 1839. S. 445—449. Rossi III. S. 32.

3) Vgl. Bair. Gb. 48. Sächſ. Gb. Art. 36. Oeſtr. Geſ. über Gefällsübertretungen. Art. 23.

Unvermeidlichkeit dieſer Folge gekannt habe. [1]) Indeſſen iſt auch hier die Beſchränkung auf „nicht ausgenommene Thaten" überflüſſig und unrichtig, da ohne Zweifel auch von ausgenommenen Thaten daſſelbe gelten muß, ſobald nur der Anſtifter wußte oder wiſſen mußte, daß ſie nothwendige Mittel oder unvermeidliche Folgen der beabſichtigten That ſeien. — Wenn aber im §en auch von Zurechnung zur culpa die Rede iſt, ſo kann hiegegen nicht (mit Hufnagel a. a. O. III. S. 92) eingewendet werden, daß es keine kulpoſe Anſtiftung gebe. Denn hier iſt ja nicht von kulpoſer Anſtiftung, ſondern vielmehr von doloſer Anſtiftung die Rede, an die ſich aber eine Folge angehängt hat, die nicht zufällig war, mithin zum Verſehen zugerechnet werden muß. [2])

§. 148.

Das Verhältniß der Miturheberſchaft (§. 146) und der hieraus folgenden gleichen Verantwortlichkeit kann ſich aber auch umgekehrt dadurch auflöſen, daß der Anſtifter ſeinerſeits von dem Verſuche freiwillig wieder abſteht, in welchem Falle er dann ſtraflos ausgehen kann, während den Angeſtifteten, der gleichwohl forthandelt, Strafe treffen muß. Soll indeſſen der Grundſatz von der Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Verſuchs auf den Anſtifter anwendbar ſeyn, ſo muß derſelbe ſich nicht mit einer einfachen Erklärung ſeiner Sinnesänderung begnügt, ſondern er muß auch wirklich ſeinen bereits gemachten Verſuch wirkungslos gemacht haben. Denn das freiwillige Abſtehen macht nicht auch für denjenigen rechtsverletzenden Erfolg ſtraflos, welcher nicht mehr aufgehoben werden kann, ſondern es tilgt nur die darüber hinaus-

1) Vgl. Kitka a. a. O. S. 40—43 und im N. Arch. 1835. S. 584—587. Rossi III. S. 41.

2) Vgl. Bauer Abh. I. S. 432.

liegende Verantwortlichkeit. Hieraus folgt unmittelbar, daß der Anſtifter, der nur ſeine Sinnesänderung erklärt, aber dadurch nicht das Unterbleiben des Verbrechens bewirkt hat, ſtets wenigſtens für einen nicht beendigten Verſuch verantwortlich bleibt, mag nun das Verbrechen von dem Angeſtifteten in größerem oder geringerem Umfang verübt worden ſeyn. Dagegen muß er ſtraflos bleiben, wenn er das Verbrechen verhindert oder die Staatsgewalt zu einer Zeit, wo das Verbrechen noch verhindert werden konnte, von der Unternehmung in Kenntniß geſetzt hat.

Anm. — Dieſe Sätze ſpricht auch das Wirtemb. Strafgb. Art. 77 [1]) aus; und, wenn daſſelbe in dem Fall der unvollſtändigen Zurücknahme des Auftrags die Strafe des nichtbeendigten Verſuchs droht, ſo braucht es dafür der Entſchuldigung, daß es damit nicht ſagen wolle, in dem gedachten Falle liege wirklich ein nicht beendigter Verſuch vor, (Hufnagel Kommentar I. S. 159) keineswegs, wie die im §en angef. Gründe zeigen. Im Gegentheil ſetzt ſich Hufnagel, wenn er hier den Reat des Anſtiſters als culpa bezeichnet, mit ſeinem eigenen Grundſatz (III. S. 92), daß eine kulpoſe Anſtiftung nicht denkbar ſei, in Widerſpruch [2]). — Auch die von Bauer Anm. zum Hannövr. Entw. I. S. 283 und Zachariä Verſuch II. §. 267 gemachten Unterſchiede ſind irrelevant. S. aber auch Bauer Abh. I. S. 364.

2) Zufällige phyſiſche Miturheberſchaft.

§. 149.

Da die Handlung ihrer Natur nach ebenſo eine objek-

1) Vgl. Mittermaier n. 4 zu Feuerbach §. 46. AM. iſt Rossi III. S. 37 ob. und das franz. Recht. Hellie II. S. 77.

2) Konkurrenz von Verſuch und culpa nimmt Stübel an. Theilnahme, S. 121 Art. 7. vgl. Kitka a. a. O. S. 7.

tive, wie eine ſubjektive Seite hat, ſo kann das Verhältniß der Miturheberſchaft nicht nur mittelſt der lezteren (§. 145 —148), ſondern auch mittelſt der erſteren, nämlich ſo begründet werden, daß Mehrere, deren keiner auf die Andern intellektuell eingewirkt hat, ſich zufällig objektiv als Theilnehmer an Einem und demſelben Verbrechen zuſammenfinden. Damit aber ſolche nicht als bloße Gehilfen, ſondern als Urheber zu betrachten ſeien, dazu iſt nothwendige Vorausſetzung, daß jeder bei der Handlung ſich ſelbſt Zweck ſei; und damit ſie Miturheber ſeien, wird erforderlich, daß jeder den Andern als Mittel geſetzt und ihm als Mittel gedient habe. Darin liegt, daß dieſelben von einander gewußt, und nicht völlig unabhängig von einander gehandelt haben. Es iſt aber auch ferner erforderlich, daß die Theilnehmer in direkter Abſicht handeln, da die indirekte ihrer Natur nach ausſchließlich und daher dem Verhältniſſe der Miturheberſchaft ſchlechthin entgegengeſetzt iſt. — Die rechtliche Bedeutung der Miturheberſchaft beſteht nun aber hier darin, daß vermittelſt der Einen, allen Theilnehmern als Selbſtzweck gemeinſchaftlichen, Abſicht auch die Akte aller Einzelnen zur Totalität Einer Handlung zuſammengefaßt werden, daher es denn nicht darauf ankommt, wie viel oder wenig jeder Einzelne für den Erfolg mitgewirkt hat. Ward mithin das beabſichtigte Verbrechen überhaupt vollendet, ſo iſt es als ſolches jedem als Miturheber zuzurechnen, deſſen Thätigkeit nur überhaupt mit unter den Bedingungen des eingetretenen Erfolgs lag; dagegen nur zum Verſuche denjenigen, deren Akte dem Eintritte des Erfolgs erſt nachfolgten.

Anm. — Von vorn herein ſind hier alle diejenigen Begriffe von Miturheberſchaft abzuweiſen, welche auf der einſeitigen Beachtung des objektiven Kauſalverhältniſſes beruhen, wornach alſo der Begriff des Mitur-

hebers und ſein Unterſchied vom bloßen Gehilfen nur davon abhängen ſoll, ob Jemand, der mit Andern gemeinſchaftlich (ohne vorherige Verabredung) ein Verbrechen begeht, zu dem Erfolg als Haupt- oder als bloße Nebenurſache mitgewirkt habe. S. §. 132. Anm. Dieſer Anſicht hat auch wieder Luden Abh. II. S. 386—391 gehuldigt. Indeſſen iſt ſchon oben gezeigt worden, daß das ganze Fundament ſeiner Lehre nicht fähig ſei, irgend einen haltbaren Grundſatz zu tragen daß aber noch insbeſondre ſeine Beſtimmungen über die wechſelſeitig-einſeitige Theilnahme an dem bedeutendſten inneren Widerſpruche leiden. S. §. 145. Anm. — Hier mag nur noch dies beigefügt werden, daß auch der Standpunkt des poſitiven Rechts, auf welchen er ſich ſtellt, ſeinen Behauptungen keinerlei Berechtigung verleiht. Denn der Art. 148 der PGO.[1]) iſt ſo zu verſtehen, daß der erſte Satz nicht allein von einem Mordkomplott, ſondern auch von einer unverabredeten Theilnahme Mehrerer in mörderiſcher Abſicht handelt, wogegen die folgenden Beſtimmungen nur den Fall vor Augen haben, wenn die Theilnehmer ohne mörderiſche Abſicht thätig waren, und der tödtliche Erfolg nur zur culpa zuzurechnen, oder durch indirekten dolus entſtanden iſt. Dieſer vielbeſtrittene Artikel dürfte auch von den neueſten Erklärern nicht ganz befriedigend auseinandergeſetzt ſeyn[2]), wiewohl jeder ein richtiges Element liefert. Ohne Zweifel gieng Wächter zu weit, wenn er in dem Artikel von Satz 2 an nur die Berückſichtigung der culpa dolo determinata ſehen wollte. Dagegen

1) Wächter im N. Arch. XIV. nr. 5. ſ. Abegg ebend. 1836. nr. 6. 1837. nr. 16. vgl. Mittermaier n. 1—3 zu Feuerbach §. 226.

2) Vgl. Heffter §. 244. 245. Marezoll S. 290. 291. Luden Abh. II. S. 282—284 Anm.

gehen auch Heffter und Marezoll zu weit, wenn ſie dies läugnen und in der fraglichen Stelle nur die Berückſichtigung der doloſen Tödtung überhaupt finden wollen. Schon einige Aelteren [1]) ſprechen hier ſehr richtig von dem indirekten dolus und ebendahin zielt auch das von Abegg Angeführte [2]). Vielleicht dient folgende Betrachtung zur Löſung der Schwierigkeiten. 1) Entſcheidend iſt, ob man den 1. Satz bloß vom Mordkomplott oder auch von zufälliger Theilnahme Mehrerer in mörderiſcher Abſicht zu verſtehen habe. Hier ſcheint nun Wächter ganz das Richtige getroffen zu haben, indem er Lezteres behauptet, und es dient gewiß nicht zum Vortheil der Sache, wenn hievon die Neueren wieder abweichen. Die Richtigkeit jener Anſicht liegt klar bewieſen in dem Gegenſatze, worein die PGO. den zweiten zum erſten Satze ſtellt. Denn im erſten ſpricht ſie von dem „fürgeſetzten Willen, Jemand böslich zu ermorden," d. h. von der direkten Mordabſicht; im zweiten dagegen von „einem Schlagen und Rumoren, worin etlich Perſonen ungeſchichts bei einander waren, und in welchem Jemand ohn genugſam Urſach erſchlagen würde." Hiemit iſt offenbar aller prämeditirte animus necandi ausgeſchloſſen, und es bleibt nur die Tödtung aus impetus, luxuria oder culpa (in Verbindung mit doloſer Körperverletzung) übrig. Jedenfalls alſo darf man vom zweiten Satze an nie mehr an den Fall der doloſen Miturheberſchaft mehrerer zum Mord Entſchloſſenen denken, wobei man es zuvörderſt dahin geſtellt ſeyn laſſen kann, ob dieſe, auch als zufällige, nach Satz 1 zu behandeln ſei.

1) S. Wächter Lehrb. II. S. 136.
2) Vgl. Roßhirt Entwicklung S. 273 ff. Jarke in Hitzig Zeitſchrift VI. S. 372.

2) Verſteht man aber den Artikel von Satz 2 an auf die gedachte Weiſe, ſo braucht man auch nicht mit Wächter ſich darauf zu berufen, daß nach dem Geiſte der PGO. die Schwerdtſtrafe für bloße culpa dolo determinata nicht zu hart erſcheine. Sondern man wird das Geſetz ſo auslegen, daß es a) unter dem rechten Thäter nur einen ſolchen meint, der mit wirklichem (indirekten) animus occidendi geſchlagen hat. Dies ſagt auch Heffter §. 244 n. 4 ganz richtig und führt dafür den treffenden Grund an, daß das Geſetz auch für den ſogleich folgenden, aber naheſtehenden Fall „gefährliches (doloſes) tödtliches Schlagen" erfordere. Zwar läßt Heffter noch die Möglichkeit offen, daß die PGO. nach Vorgang der l. 6 C. ad leg. Jul. de vi ſelbſt gegen die culpa dolo determ. hier beſonders ſtreng geweſen ſeyn möchte. Allein die ſonſtige Haltung des Artikels, beſonders a. E. ſcheint eine ſolche Annahme geradezu zu widerlegen. Denn hätte der Geſetzgeber hier mit Strenge durchgreifen wollen, ſo hätte er nur auf die Raufhändel das Princip des Satzes 1 anwenden dürfen. Offenbar will er ja aber ſorgfältig die verſchiedenen Schuldunterſchiede auseinandergehalten und gewürdigt wiſſen, und hat dabei ſicherlich weit eher an die l. 17 D. ad leg. Corn. de sic. als an die l. 11 §. 2 D. ad leg. Aqu. gedacht [1]). Damit würde aber die Gleichſtellung ſo weſentlich verſchiedener Fälle, wie ſie ihm Wächter unterlegt, nicht harmoniren. Indeſſen kann gegen die hier gegebene Deutung Wächter um ſo weniger etwas einwenden, als auch er es als natürlich und von ſelbſt ſich verſtehend erklärt, daß ein etwa unter den Raufern befindlicher wirklicher Mörder die Strafe des Mordes

1) Wächter Lehrb. II. S. 136.

verwirke. Darf er dies (gewiß mit Recht) ſubintelligiren, ſo darf man wohl um ſo unbedenklicher ſubintelligiren, daß das Geſetz unter dem rechten Thäter, dem es die Strafe des Todtſchlags droht, auch einen wirklichen Todtſchläger meine. Denn, wenn allerdings ohne Zweifel die PGO. von der richtigen Anſicht ausgeht, daß die Theilnehmer in Raufhändeln regelmäßig nicht in mörderiſcher Abſicht, ſondern vielmehr nur in der Abſicht, ſich zu verwunden, thätig werden, ſo liegt doch auch die weitere Erfahrung ſehr nahe, daß ein ſolcher prämeditirter oder im Affekt entſtandener, zunächſt nur auf Körperverletzung gerichteter, dolus ſich eben im Verlauf des Streits ſehr leicht zum indirekten dolus occidendi ſteigert, und dann wird in der Regel auch der, bei dem ſich dieſe Steigerung einfindet, zugleich derjenige ſeyn, „von deß Hand die Entleibung geſchieht." Wenn nun dieſem die CCC. die Strafe des Todtſchlags droht, ſo ſtimmt das mit den allgemeinen Grundſätzen vollkommen überein, und man braucht zu keiner Hypotheſe zu greifen [1]. — Uebrigens iſt nun hier ad a) der Fall gemeint, wenn überhaupt nur Eine tödtliche Verletzung vorliegt. Hätte der Thäter hier in mörderiſcher Abſicht gehandelt, ſo würde ihn die Strafe des Mordes treffen; hätte er nur aus culpa dolo det. die Tödtung verſchuldet, ſo wäre er geringer zu beſtrafen, als ein Todtſchläger (da die CCC. vorausſetzt, der „rechte Thäter" habe dolos-tödtlich geſchlagen). — Haben ferner neben dieſem Einen noch Andre Wunden beigebracht, welche nach der Vorausſetzung nicht tödtlich waren, ſo ſind ſie wegen doloſer Körperverletzung und, wenn anzunehmen iſt, daß ihre Verletzungen den Tod mit verſchuldet

1) Vgl. Wächter N. Arch. XIV. S. 110—112.

haben, wegen culpa dolo determinata, — ſollten ſie aber etwa ſelbſt mit der indirekten Abſicht der Tödtung gehandelt haben, wegen verſuchten Todtſchlags zu beſtrafen. (Denn bei indirekter Abſicht, ſ. den §en, iſt das Verhältniß der Miturheberſchaft im rechtlichen Sinne nicht denkbar, wovon unten noch mehr). b) Der andre Fall iſt der, daß mehrere tödtlichen Verletzungen beigebracht ſind. Hier unterſcheidet das Geſetz: aa) Es iſt erwieſen, daß unter dieſen möglicher Weiſe tödtenden Verletzungen nur Eine die wirklich tödtende war, und man kennt deren Urheber; bb) Es läßt ſich nicht ermitteln, welche von den mehreren die wirklich tödtende war, oder die wirklich tödtenden waren, oder ob alle zuſammen tödtend waren. — Dieſe Unterſcheidung erkennt Wächter mit Unrecht nicht an, indem er die wahrlich ſehr bedeutſamen Worte: „und man könnt nit beweislich machen, von welcher ſonderlichen Hand und That er geſtorben wär," für einen bloßen Pleonasmus erklärt, was freilich für die Erklärung eine große Bequemlichkeit wäre [1]). — Hier ſcheint eine nicht weg zu interpretirende Anomalie vorzuliegen. Wir finden die Anomalie übrigens nur darin, daß ad bb) zwiſchen den möglicher Weiſe tödtenden und wirklich tödtenden Verletzungen nicht unterſchieden wird. Denn im Falle aa) iſt es ganz den richtigen Grundſätzen angemeſſen, wenn eben nur der erweisliche Urheber der wirklich tödtenden Verletzung, — und, wie geſagt, nur unter der Vorausſetzung, daß er animo (indirecto) occidendi gehandelt hat, — als Todtſchläger beſtraft wird. Es müſſen dann die übrigen, welche tödtliche, aber nicht wirklich tödtende Verletzungen beigebracht haben, wegen bloßen Verſuchs beſtraft wer-

1) S. dagegen Abegg Lehrb. S. 333. 334.

den. Eben dies ſollte nun auch ad bb) von ſämmtlichen Theilnehmern angeordnet ſeyn, ſobald ein non liquet darüber vorliegt, welche Verletzungen, ob Eine, ob mehrere, ob alle wirklich tödtend waren. Hier aber läßt, wie es ſcheint, der Geſetzgeber vom beendigten Verſuche gelten, was nur auf die Vollendung beſchränkt ſeyn ſollte. Da er indeſſen auch hier ausdrücklich vorausſetzt, daß alle betreffenden Perſonen dolo (indirecto) occidendi gehandelt haben, ſo wäre die Anomalie ſo groß nicht. Sie würde freilich ganz verſchwinden, wenn man mit Wächter ſ. Anm. zu §. 132 überhaupt den Satz für richtig halten könnte, daß Mehrere, welche tödtliche Verletzungen zugefügt haben, als Urheber der vollendeten Tödtung zu betrachten seien [1]). Allein es wurde oben gezeigt, daß dieſe Anſicht unrichtig ſei. Vielleicht könnte man jedoch auch die Worte: „von welcher ſonderlichen .... geſtorben wär" — ſo verſtehen, daß ſie ſagen wollten: daß er von einer ſonderlichen ... geſtorben wäre. Auch dann würde die Anomalie hinwegfallen. Es würde nämlich dann der Geſetzgeber ſagen: Liegen mehrere tödtliche Verletzungen vor, ſo iſt zunächſt zu unterſuchen, ob eine davon allein wirklich tödtend war, in welchem Fall der Urheber dieſer Verletzung als Todtſchläger zu behandeln iſt. Findet ſich nun aber, daß der wirklich erfolgte Tod nicht Einer ſonderlichen Hand und That, ſondern jeder der tödtlichen

---

1) Wie Heffter, der dieſe Anſicht für unrichtig hält §. 231. n. 7. 10, gleichwohl hier §. 232 n. 4. §. 244 n. 5 Wächter beiſtimmen kann, weil eine Urſache die andere nicht aufhebe, iſt unklar; denn es fragt ſich ja im vorliegenden Falle gerade, ob der Beweis nöthig ſei, daß jede tödtliche Verletzung auch wirklch tödtend (Urſache) geweſen ſei? und dieſen Beweis erklärt Wächter für überflüſſig, während ihn Heffter vorausſetzt.

Verletzungen, der einen wie der andern, zuzuſchreiben iſt, dann ſollen (natürlich wieder unter Vorausſetzung jenes animus) alle ſolche Urheber als Todtſchläger behandelt werden. So ausgelegt, würde das Geſetz von den allgemeinen Grundſätzen in keiner Weiſe abweichen. Die Erklärung thut auch der Stelle weniger Gewalt an, als die von Wächter, führt übrigens praktiſch auf das gleiche Reſultat. Denn, wenn eben zu gleicher Zeit mehrere tödtliche Verletzungen zugefügt worden ſind, ſo wird man wohl ſelten oder nie beweislich machen können, daß der Entleibte „von Einer ſonderlichen Hand und That geſtorben ſei,“ man wird alſo mehrere gleichgewichtige Urſachen annehmen müſſen. Sobald nun dies durch die Aerzte bewieſen iſt, wird man allerdings der Anſicht von Heffter §. 232 n. 4 §. 244 n. 5 beipflichten müſſen, der die Verordnung der PGO mit allgemeinen Grundſätzen übereinſtimmend findet, nicht aber auch mit ihm auf Wächter ſich berufen dürfen. — Die weiteren möglichen Fälle können hier übergangen werden; ſie beſtehen darin, daß entweder überall keine für ſich tödtlichen, oder nur ſolche für ſich tödtlichen Verletzungen, deren Urheber man nicht kennt, neben andern oder ohne andre vorliegen. Es muß hier überall Strafe wegen doloſer Mißhandlung resp. verſuchten Todtſchlags und, ſoweit der gehörige Beweis geführt werden kann, wegen kulpoſer Tödtung eintreten [1]). — Es genügt das Reſultat, daß die PGO. Art. 148 von Satz 2 an überall nicht von Miturheberſchaft aus direktem dolus, ſondern nur von dem Zuſammentreffen mehrerer in indirektem dolus oder in culpa dolo determ.

1) Nicht aber wegen vollendeten Todtſchlags, wie Heffter §. 245 IV. annimmt, vgl. Marezoll S. 94. n. 1.

Handelnden ſpricht, auf welches Zuſammentreffen ſie eben die Grundſätze **nicht** anwendet, welche von gedachter Miturheberſchaft gelten müſſe, vielmehr nur diejenigen, welche bei dem Zuſammentreffen mehrerer kulpoſen Urheber gelten, und welche am beſten in der l. 17 D. ad leg. Corn. de Sicariis zuſammengefaßt ſind [1]). Daß nun die PGO. inſonderheit die in indirektem dolus, impetus oder luxuria handelnden Theilnehmer nach dieſem Princip behandelt, iſt vollkommen durch die Natur der Sache gerechtfertigt. Denn die indirekte Abſicht kann zwar in Form der Anſtiftung Miturheberſchaft begründen, z. B. wenn Jemand im Sturme des Affekts einem Bedienten befiehlt, einen Andern die Treppe hinabzuwerfen, wovon dieſer den Hals bricht, oder wenn ein ſchlechter Arzt in frevelhaftem Leichtſinn eine Kur anräth, wovon er ſich denkt, daß ſie den Kranken das Leben koſten könne. Aber wo die indirekte Abſicht in phyſiſche Thätigkeit ausbricht, da kann ſie dies nicht, und zwar aus dem Grunde nicht [2]), weil Affekt und Leichtſinn diejenige Berechnung unmöglich machen, welche dazu gehört, um ſich mit den Theilnehmern in das Verhältniß der Miturheberſchaft zu ſetzen. Der im Affekt phyſiſch Handelnde iſt viel zu ſehr mit ſich ſelbſt beſchäftigt, viel zu ausſchließlich in ſeinen eigenen Geſichtskreis gebannt, als daß es ihn bekümmern könnte, ob er durch ſein Thun Andre unterſtützt und von den Andern unterſtützt wird. Seine Abſicht iſt nicht mittheilſam, noch kalkulirend: damit fehlt aber das Weſen der Miturheberſchaft im rechtlichen Sinne. Mehrere, die

---

1) Daß **Abegg** dieſe Stelle auch auf doloſe Miturheberſchaft anwendet, darin liegt die Unbeſtimmtheit und Unhaltbarkeit ſeiner Lehre, ſ. jedoch denſ. im N. Arch. 1836. S. 197.

2) Vgl. **Rossi** III. S. 54.

im Affekte handeln, ſind deshalb nur wie eine Mehrheit kulpoſer Urheber zu betrachten, d. h. die Schuld eines jeden iſt iſolirt zu beurtheilen.

Eben durch dieſe Erklärung der P. G. O. Art. 148. iſt aber von ſelbſt die von Luden gegebene widerlegt, auf die er ſeine Theorie über die wechſelſeitig-einſeitige Theilnahme gründet. Er verſteht den Art. von Satz 2. an gerade von dem, wovon er nicht handelt, von der (unverabredeten) wahren doloſen Miturheberſchaft, zugleich mißverſteht er das in der betr. Stelle durchgeführte Princip für das Zuſammentreffen mehrerer kulpoſen Urheber (vgl. l. 17. D. cit.) geradezu, und mengt aus dem abſtrakt ſubjektiven Princip des römiſchen und dem abſtrakt objektiven Prinzip des altgermaniſchen Rechts (wie er es auffaßt) ein Drittes zuſammen, welches weder logiſch, noch hiſtoriſch befriedigen kann.

Reiner findet ſich der abſtrakt objektive Standpunkt bei Andern durchgeführt. Wenn ſie nämlich den Begriff der Urheberſchaft auf den der Haupturſache, und im Unterſchiede davon den Begriff der Beihülfe auf den der bloßen Nebenurſache gründen, ſo fordern ſie konſequent zum Begriffe des Miturhebers, daß er nicht bloß Nebenurſache, ſondern Hauptſache geweſen ſei [1]. (Eben dies fordert zwar auch Luden, aber er miſcht ſogleich mit ſeinen Beſtimmungen über Theilnahme das ganz entgegengeſetzte Princip ein). Indeſſen mußten ſie bald einſehen, daß dieſer Unterſchied bei vorliegenden mehreren Theilnehmern ein ſehr willkührlich handhabbarer ſei. Wollte man unter Haupturſache die einzige Urſache verſtehen, ſo mußte man eigentlich den Begriff der Miturheberſchaft ganz aufheben (vgl. Stübel §. 153).

1) Kleinſchrod ſyſt. Entw. S. 198. Carpzov, Püttmann, Quiſtorp, bei Stübel §. att. Stübel §. 29. 30. Feuerbach §. 44. u. a.

Ebenſo aber, wenn man die Haupturſache als hinreichende Urſache definirte, wie Feuerbach und Grolman. Wie wenig mit dem Begriff der nothwendigen Urſache auszureichen ſei, kam ſogleich zum Bewußtſein, wenn man ſich nur klar machte, daß man es hier überhaupt nur mit endlichen Urſachen zu thun habe. Man verfiel daher auf Auswege, die allmälig zu der richtigen Einſicht führen mußten. Dabei blieb man aber — naturgemäß — ganz auf dem objektiven Standpunkte, und eben nur dadurch, daß man ihn bis zum Extrem erſchöpfte [1]), machte man den Umſchwung des Begriffs auf die entgegengeſetzte Seite möglich. Beſonders Stübel that einen großen Fortſchritt, indem er mittelſt ſeiner Unterſcheidung zwiſchen Haupt- und Nebentheilnahme, und naher und entfernter Theilnahme dem Begriff der Miturheberſchaft überhaupt ein praktiſches Feld zu verſchaffen ſuchte. Nur freilich war damit im Gegentheil der Begriff der Beihilfe ſehr ungerecht behandelt; denn nach den Stübel'ſchen Grundſätzen mußten ſehr häufig bloße Gehilfen zu Miturhebern geſtempelt werden. Es ſollte nämlich Miturheberſchaft begründet werden 1) durch jede Mitwirkung, die als in concreto unentbehrliche Urſache erſchiene, und 2) überhaupt durch jede Theilnahme an der Haupthandlung ſelbſt. Dabei war dann grundſätzlich auf den Unterſchied zwiſchen doloſer und kulpoſer Urheberſchaft gar keine Rückſicht genommen. Nach allem Bisherigen iſt nun klar, daß damit das Wahre in keiner Weiſe gefunden war. Zunächſt mußte die Behauptung, daß in aller nahen Theilnahme, d. h. in jeder Mitwirkung

1) Eben dies iſt von Roſſi nicht geſchehen, welcher (unbegreiflicher Weiſe) den Begriff der Produktivität der objektiven und ſubjektiven Seite auf gleiche Weiſe zutheilt.

bei der Haupthandlung Miturheberſchaft liege, wieder verlaſſen werden, was denn auch durch Kleinſchrod, Feuerbach ꝛc. geſchah. Dagegen empfahl ſich der aufgeſtellte Begriff der in concreto unentbehrlichen Mitwirkung, woraus der (auch im Wirt. Strafgb. gegen die bisherige Praxis, eingeführte) Feuerbach'ſche Hauptgehilfe entſtand. Allein auch damit war noch keineswegs aller Zweifel gehoben. Denn es mußte zum Bewußtſeyn kommen, daß bei endlichen Begebnißen überhaupt nicht zwiſchen entbehrlichen und unentbehrlichen Urſachen unterſchieden werden könne, daß vielmehr eben nur die Summe aller Bedingungen das Unentbehrliche ſei. Eben dieſe Einſicht veranlaßte denn Andre, den einſeitig objektiven Standpunkt zu verlaſſen. Wenn nun bei Schirach ſich das gerade entgegengeſetzte ſubjektive Extrem vorfindet, ſo giengen Andre, wie Henke, Wächter, den richtigen Weg, d. h. ſie unterſchieden Urheberſchaft und Beihilfe nicht mehr bloß nach dem Maßſtabe des näheren und entfernteren, mehr oder minder weſentlichen objektiven Kauſalzuſammenhangs, ſondern nach dem ſelbſtſtändigen oder unſelbſtſtändigen ſubjektiven Intereſſe der Betheiligung. Hiernach war nun klar, daß auch bei der Haupthandlung Gehilfen vorkommen und daß auch in concreto unentbehrliche Akte von bloßen Gehilfen herrühren können, daß es aber andrerſeits, das ſelbſtſtändige Intereſſe an der That vorausgeſetzt, gleichgiltig iſt, ob der doloſe Miturheber einen mehr oder minder weſentlichen Antheil an der Handlung nimmt, einen entbehrlichen oder unentbehrlichen Beiſtand leiſtet. Denn es mußte nun das im §en angegebene Princip (mehr oder minder deutlich) zum Bewußtſein kommen, daß bei dem Zuſammenhandeln mehrerer doloſen Urheber durch die Eine Abſicht

je der eine die Handlung aller Uebrigen auch zu der ſeinigen macht, daß alſo hier die objektive Kauſalität nicht von den Akten der Einzelnen, ſondern nur von der Geſammthandlung als einer Totalität gefordert werden kann. Freilich iſt dieſe Konſequenz nicht von Allen gezogen, die im Uebrigen den Begriff der Miturheberſchaft richtig beſtimmen; ſo z. B. will Henke I. S. 275 auch auf das doloſe, nicht blos das kulpoſe Zuſammentreffen mehrerer Urheber, wenn es unverabredet war, den Grundſatz der l. 17. D. cit. angewendet wiſſen ſ. dagegen Wächter I. S. 150. n. 82.[1] Andrerſeits findet ſich die gedachte Beſtimmung, daß die gemeinſame Abſicht auch die Handlung gemeinſam mache, zuletzt auch bei Feuerbach §. 46. not. b., obgleich ſie zu ſeinen Definitionen von Urheber und Hauptgehilfen, die noch ganz auf dem einſeitig objektiven Standpunkt ſtehen, nicht wohl paßt. Am treffendſten findet ſich die Sache bei Heffter §. 78. dargeſtellt; nur ſcheint die Diſtinktion zwiſchen den Fällen a. und b. faſt allzufein zu ſeyn. Wenn nämlich Jemand, wie Heffter ad a) ſagt, bei einer Entführung das Mädchen dem Entführer abjagt und es nun ſelbſt zur Wolluſt mit ſich nimmt, oder wenn ein zum Raube entſchloſſener den Anfall eines andern Räubers benützt, um dem Angegriffenen ſein Eigenthum zu entziehen, ſo findet in dieſen Fällen ganz das Gleiche ſtatt, wie in den ad b.), daß nämlich zwei Perſonen das gleiche Verbrechen ſich zum Zweck geſetzt haben und einer die Handlung des Andern zu der ſeinigen gemacht hat. Nur wird in den vorgedachten Fällen hie und da dem einen Miturheber ein bloßer Konat zuzurechnen ſeyn, was aber eben ſo gut in

1) vgl. Heffter §. 78. n. 1.

den übrigen vorkommen kann. Es dürfte daher auch die Beſtimmung der Mitthäter oder Hauptgehilfen in §. 83 b. als derjenigen, aus deren vereintem und auf gleichen Zweck gerichtetem Handeln die Vollendung des Verbrechens unmittelbar hervorgegangen ſei, — als nicht ganz richtig in Anſpruch zu nehmen ſeyn, da ja doch ohne Zweifel ein Miturheber auch bloß wegen Verſuchs verantwortlich ſeyn kann, ſobald nämlich ſein wirkliches Thun ganz auſſerhalb des Kreiſes der den Erfolg bedingenden Umſtände fiel. — Es iſt nämlich in dieſer Beziehung die unverabredete Theilnahme vom Komplotte wohl zu unterſcheiden. Bei jener macht der gleiche Zweck alle Theilnehmer zu Miturhebern, mag auch der eine einen ganz unweſentlichen Akt ausgeführt, z. B. bloß eine leichte Wunde beigebracht haben, während ein Andrer den tödtenden Streich führte, oder nur geleuchtet, während ein Andrer das Zimmer ausleerte. Allein nicht Jeder iſt eo ipso auch Miturheber des vollendeten Verbrechens. Wenn z. B. zwei Diebe auf einer Leiter einſteigen und es kommt nun, während ſie im Innern des Hauſes beſchäftigt ſind, ein Dritter herbei, der gleichfalls diebiſche Abſichten hat, er ſteigt auch ſofort auf der Leiter empor, um die gute Gelegenheit gleichfalls zu benützen; ehe er aber ſelbſt Hand anlegen kann, entſteht Lärm, und alle drei entfliehen, die beiden Erſteren mit, der Dritte ohne Beute, ſo iſt der Dritte hier ohne Zweifel bloß eines verſuchten Diebſtahls ſchuldig. Wäre dagegen derſelbe früher gekommen und hätte ohne eine weitere Verabredung den beiden Erſteren die Leiter gehalten, in der Abſicht, nachher von ihnen den gleichen Dienſt zu ſeinem Vortheil anzuſprechen, — ſo wäre er hier ohne Zweifel als Miturheber des vollendeten Diebſtahls anzuſehen.

3) Das Komplott.

§. 150.

Die ſubjektive und objektive Begründung der Miturheberſchaft trifft endlich zuſammen beim Komplotte. Wenn nämlich Mehrere in Folge einer vorherigen Verabredung ein Verbrechen zuſammen begehen, ſo müſſen nicht nur für diejenigen, welche bei Vollbringung der Handlung auf irgend welche Weiſe thätig ſind, dieſelben Grundſätze gelten, wie für die unverabredeten doloſen Theilnehmer, weil der Grund für die Behandlung aller einzelner Akte als Einer Handlung hier vermöge der vorangegangenen Verabredung vollkommen vorhanden iſt, ſondern es ſind auch eben wegen dieſer Verabredung alle Theilnehmer gegenſeitig als Anſtifter und Angeſtiftete zu behandeln. Hiebei iſt jedoch wohl in's Auge zu faſſen, daß eben wegen der Wechſelſeitigkeit des Verhältniſſes jeder einzelne zwar als Anſtifter, aber nur als Anſtifter eines ſchon für ſich Entſchloſſenen zu betrachten iſt, welche Betrachtung nur auf denjenigen nicht Anwendung leidet, welcher etwa im konkreten Fall alle Andern zuerſt angeſtiftet hat und ſomit als Anſtifter im e. S. zu behandeln iſt. Die Folgen dieſes Moments ſind nun, daß a) auch die nicht wirkſamen Komplottanten ſtets als Anſtifter ſchon entſchloſſener, d. h. für einen Verſuch des Verbrechens verantwortlich ſind, ſobald daſſelbe zur Ausführung kam, b) ſchon die Eingehung des Komplotts, wenn die Ausführung des Verbrechens zufällig verhindert wurde, die Komplottanten wegen Verſuchs ſtrafbar macht, dagegen c) der Anſtifter im e. S. ſtets nach den Grundſätzen behandelt werden muß, die für den Anſtifter überhaupt gelten, je nachdem ſeine Anſtiftung wirkſam oder unwirkſam geweſen iſt, ſo daß er alſo, namentlich auch wenn er phyſiſch nicht wirkſam war, gleichwohl des vollendeten Verbrechens ſchuldig iſt, wenn daſſelbe nur überhaupt in Folge ſeiner Anſtiftung vollbracht wurde,

überdies aber auch im Fall der wirkſamen Anſtiftung bei zufällig vereiteltem Verbrechen ſtrafbar bleibt, weil es auch die Angeſtifteten ſind.

Anm. — Die Lehre vom Komplott würde weniger beſtritten ſeyn, wenn man über die vorangehenden, deren Spitze und Abſchluß ſie bildet, ſich richtigere Begriffe machen und den organiſchen Zuſammenhang der ganzen Lehre von der Theilnahme ſich deutlicher zum Bewußtſein bringen wollte. Unter den verſchiedenen, hinſichtlich des Komplotts kurſirenden, Anſichten können zunächſt wieder zwei extreme Anſichten und eine mittlere unterſchieden werden.

1) Die ſtrenge Anſicht findet ſich bei Feuerbach (§. 47.) und Grolman (§. 34.), welche behaupten, jeder Mitverbündete, in Anſehung deſſen die Erwartung der Uebrigen bis zu vollendeter That fortgedauert habe, ſei als intellektueller Urheber des vollendeten Verbrechens zu betrachten, wenn er auch an deſſen Ausführung ſonſt keinen thätigen Antheil genommen habe. Hier wird alſo von allen Komplottanten behauptet, was nur von dem Anſtifter des Komplottes im e. S. richtig iſt. Es wird das weſentliche Moment überſehen, daß die, an ſich mit Recht angenommene, intellektuelle Einwirkung der Komplottanten auf einander eben wegen ihrer Gegenſeitigkeit nur unter die Kategorie der Anſtiftung eines ſchon Entſchloſſenen gebracht werden kann. Zwar macht Grolman die feine Bemerkung, es werde bei ſeiner Anſicht praktiſch das Richtige deshalb herauskommen, weil ſich in der Regel finden werde, daß der phyſiſch unthätige Theilnehmer um ſo intenſiver intellektuell thätig geweſen ſei. Allein dieſe Bemerkung findet ihre genügende Berückſichtigung in dem, was oben über den Anſtifter im e. S. geſagt iſt. Sie iſt aber

unwahr bei gemeinen Komplottanten und kann bei dieſen nur zur Grauſamkeit führen [1]. Uebrigens unterſcheiden ſich Feuerbach und Grolman noch weſentlich dadurch, daß erſterer neben dem Komplott auch noch die Möglichkeit einer unverabredeten phyſiſchen Miturheberſchaft annimmt, die er mit Recht als ein von dem Komplotte noch verſchiedenes Verhältniß prädicirt, während nach der Meinung des letzteren alle doloſe Miturheberſchaft nur durch Anſtiftung oder Komplott, nicht aber durch unverabredetes Zuſammentreffen entſtehen kann, eine Anſicht, die auf dem, beiden hinſichtlich der Begründung der Urheberſchaft überhaupt gemeinſchaftlichen, abſtrakt objektiven Standpunkte ohne Zweifel den Vorzug der größeren Konſequenz hat.

2) Die klare Anſicht findet ſich bei Abegg, Lb. S. 115. 116. N. Arch. 1841. S. 416. [2]) ſofern dieſer ſogar beim Komplotte die Regel der l. 17. D. ad leg. Corn. de sic. durchgeführt haben will. Da er aber gleichwohl den inneren Unterſchied des Komplottes von anderweitigen Theilnahme-Verhältniſſen nicht ganz abzuweiſen mag, ſo macht er einige Konceſſionen, die indeß eben ſo ſchwankend, als die Einwendungen gegen die richtige

1) Inſoweit muß man Mittermaier n. 5. zu Feuerbach §. 47. zuſtimmen. Indeſſen wird doch die Klage über das „leidige Generaliſiren" zu weit getrieben, wenn ſie endlich auf das Ziel losſteuert, alle allgemeinen Grundſätze aufzuheben und die Rechte der Wiſſenſchaft und der Geſetzgebung an eine weichherzige Praxis wegzuſchenken. Der Feuerbachiſchen Anſicht iſt auch Viſini in Wagners Zeitſchr. 1833. I. S. 318.

2) vgl. Marezoll S. 95. 136. 137. Am weiteſten geht Stübel Theilnahme S. 31—38. 76. 77., der gar keinen Unterſchied mehr zwiſchen zufälliger und verabredeter Theilnahme anerkennt. Vgl. Mittermaier über den neueſten Zuſtand, I. S. 151. Derſ. n. 1—5. zu Feuerbach §. 47.

Anſicht unberechtigt ſind. Die Konceſſion nämlich liegt darin, daß er zugiebt, es könne das Daſein der Vereinigung, die Rechnung auf gegenſeitige Unterſtützung und Theilung der Gefahr, einen pſychologiſchen Einfluß auf jeden Theilnehmer ausüben, auch werde, wohl durch die Komplottirung im Allgemeinen in ſubjektiver und objektiver Hinſicht größere Gefährlichkeit bekundet. Die Einwendungen aber beſchränken ſich darauf, daß auch beim Komplott ein freiwilliges Zurücktreten, und neben einem Komplott auch vertragsmäßige Beihilfe vorkommen könne. Allein beides wird in der That von Niemand geläugnet und kann auch neben der Anſicht ad 1) ganz vollkommen anerkannt werden. Es beſteht übrigens, wie ſchon oben bemerkt wurde, die wahrhaft konkrete Betrachtungsweiſe nicht in der Abſtraktion von allen Unterſchieden, ſondern im Gegentheil in der Anerkennung und Durchführung derſelben. Wird dann auf die oben näher gezeigte Weiſe eine Stufenfolge von der Miturheberſchaft mittelſt einfacher Anſtiftung an bis zum Komplott hinauf anerkannt und jeder beſonderen Form ihr eigenthümliches Recht angethan, ſo ſchließt das keineswegs noch eine weitere Beachtung ſpecieller Schärfungs- oder Milderungsgründe innerhalb der einzelnen Formen, noch viel weniger die Einſicht aus, daß die verſchiedenen Formen neben einander, ja daß neben ihnen auch kulpoſe Urheber und Gehilfen in jeder Form vorkommen können. — Die Behauptung von Abegg, daß im Komplott nicht nothwendig eine gegenſeitige Anſtiftung liege, iſt auch, wie es ſcheint, von Wächter I. S. 151. gebilligt, ſofern er beim Komplott gar keine Ausnahmen von den allgemeinen Grundſätzen, mithin wenigſtens keinen ſpecifiſchen Unterſchied zwiſchen Komplott und zufälliger doloſer Miturheberſchaft anerkennen

will. Indeſſen wird dadurch doch Wächter's Anſicht vom Komplott nicht ſo vag, wie die von Abegg, da jener wenigſtens für die unverabredete doloſe Miturheberſchaft die oben vorgetragenen Grundſätze durchaus anerkennt. Daß er aber Unrecht habe, wenn er am Komplotte überall nichts Beſonderes ſehen will, das wird ſich im Folgenden noch näher ergeben.

3) Mit Recht ſtellen ſich die Meiſten in die Mitte zwiſchen beiden Extremen, wobei denn freilich wieder allerlei Modifikationen vorkommen. Den Hauptpunkt hebt Stübel Thatbeſtand [1]) §. 61. ff. treffend heraus, wenn er ſagt, das Eigenthümliche beim Komplott beſtehe darin, daß einer ohne das gemeinſchaftliche Intereſſe und die Mitwirkung des Andern zu Unternehmung eines Verbrechens nicht hinlänglichen Muth gehabt und ohne deſſen Konkurrenz die wirkliche Vollbringung deſſelben nicht gewagt haben würde. Daſſelbe wird auch von Kleinſchrod I. §. 178. anerkannt und richtig ausgeführt. Nur befinden ſich beide mit ihrer einſeitig objektiven Vorſtellung von der Urheberſchaft in Verlegenheit, und fügen deshalb unrichtige Modifikationen bei. So behauptet Kleinſchrod, jeder Komplottant müſſe Urheber ſeyn, d. h. in jedem müſſe, auch ſeiner phyſiſchen Thätigkeit nach, eine vorzügliche oder Haupturſache für die Exiſtenz des Verbrechens liegen [2]). Es iſt klar, daß damit gerade der praktiſche Haupt-Effekt des Komplotts preisgegeben wird, obgleich der Behauptung von dem objektiven Standpunkt aus Kon-

1) Freilich ſagt Stübel in der ſpäteren Schrift geradezu das Gegentheil.

2) ſ. übrigens denſelben im N. Arch. IV. S. 329. ff. vgl. Schirach ebend. I. S. 521.

ſequenz nicht abzuſprechen iſt. Mit Recht wird nun dieſelbe von Stübel §. 62. Anm. angegriffen, und eben das als eigenthümliche Wirkung des Komplotts herausgehoben, daß es jeden Theilnehmer, der auch nur im Geringſten bei der wirklichen Ausführung des Verbrechens ſich thätig zeige, für das Ganze, namentlich betreffenden Falls für das vollendete Verbrechen verantwortlich mache. Dabei iſt es nur wieder wunderlich, wenn Stübel ſagt, das praktiſche Intereſſe des Komplotts beziehe ſich nur auf die entfernte und die Nebentheilnahme, da es bei naher und voller Theilnahme des Komplotts gar nicht bedürfe, um den Begriff der Miturheberſchaft hervorzubringen. Allerdings iſt hieran etwas Wahres, nämlich dies: daß auch ohne Komplott phyſiſche Miturheberſchaft entſtehen könne; allein das Schiefe in der Behauptung Stübels liegt darin, daß hier die Begründung der Miturheberſchaft in der Art der phyſiſchen Thätigkeit geſucht wird, während ſie doch immer und überall nur darin liegen kann, daß jeder ſich ſelbſt als Zweck des Verbrechens und die Theilnehmer als ſeine Mittel ſetzt. Dagegen muß allerdings das Princip, welches für die unverabredete doloſe Miturheberſchaft gilt, auch beim Komplott jedenfalls zur Anwendung kommen, weil hier der gleiche Grund vorhanden iſt; und der Unterſchied beſteht nur darin, daß beim Komplott alle Theilnehmer Miturheber des vollendeten Verbrechens ſind, ſobald ſie nur an der Ausführung des Verbrechens irgend welchen Antheil genommen haben, — während bei der unverabredeten Theilnahme der eine bloß wegen Verſuchs verantwortlich ſeyn kann, indeſſen einem Andern das vollendete Verbrechen zugerechnet werden muß. Eben dieſer Unterſchied hat ſeinen Grund in dem Momente, wodurch ſich

das Komplott vor der zufälligen Miturheberſchaft auszeichnet, d. h. in dem darin liegenden Verhältniſſe wechſelſeitiger Anſtiftung [1]). Nur darf freilich dieſes Moment nicht ſo ausgebeutet werden, wie es durch Feuerbach und Grolman geſchieht. Vielmehr zeigt hier Stübel ſehr gut, daß der phyſiſch gar nicht wirkſame Komplottant nur wegen Verſuchs verantwortlich ſeyn könne [2]). Zu weit geht aber letzterer wieder, wenn er S. 63. behauptet, ein Mitverſchworener, der eine Hilfe erſt nach der That zu leiſten ſich anheiſchig gemacht habe, müſſe für das vollendete Verbrechen einſtehen, auch wenn daſſelbe entdeckt worden ſei, ehe er ſein Verſprechen erfüllen konnte, ja ſelbſt dann, wenn er nach der That die Erfüllung ſeines Verſprechens verweigerte [3]). Denn im erſtern Falle iſt kein Grund vorhanden, einen ſolchen Theilnehmer anders zu behandeln, als andre phyſiſch nicht wirkſam gewordene Komplottanten, im zweiten aber iſt der Grundſatz von der Unwirkſamkeit zu ſpät kommender Reue relativ falſch angebracht; d. h. die nun erſt erfolgende Verweigerung der zugeſagten Hilfe kann allerdings den bereits geſtifteten Schaden, der in der Begehung des Verbrechens durch die übrigen liegt, nicht mehr aufheben; da nun hiefür dem fraglichen Komplottanten ein ſtrafbarer Konat in Aufrechnung kommt, ſo kann das jetzt erfolgende freiwillige Abſtehen dieſe Strafe nicht mehr abſorbiren. Wohl aber muß es die weitere Strafe tilgen, die den Kom-

1) vgl. Kitka a. a. O. S. 132.

2) vgl. Kleinſchrod I. §. 181.

3) vgl. Schirach a. a. O. S. 525—527, der aber auf der andern Seite zu weit geht, wenn er die vorher zugeſagte Begünſtigung ganz vom Komplotte ausſchließt, ſ. dagegen Cucumus N. Arch. XIV, S. 3—5.

plottanten bei wirklicher Erfüllung ſeines Verſprechens getroffen haben würde und welche keine andere geweſen wäre, als die Strafe des vollendeten Verbrechens. Eben ſo geht Stübel auch darin zu weit, daß er §. 64. behauptet, wer bei einem Verbrechen Wache ſtehe, der müſſe ſtets Miturheber ſeyn und zwar Komplottant, und, auch wenn er es läugne, ſei er aus der That für überführt zu achten. Endlich fehlt er darin, daß er zwiſchen dem Anſtifter des Komplotts und den gemeinen Komplottanten nicht unterſcheidet, während dies von Kleinſchrod I. S. 314. geſchieht [1]. — Wenn nun oben geſagt iſt, die nicht wirkſamen Komplottanten, ſowie die Komplottanten überhaupt im Fall einer zufällig vereitelten Unternehmung ſeien wegen Verſuchs verantwortlich, während auf den Anſtifter des Komplotts die gewöhnlichen Grundſätze über wirkſame Anſtiftung, übrigens mit einer Modifikation, anzuwenden ſeien, — ſo rechtfertigt ſich dies Alles aus den früher angeführten Grundſätzen über Miturheberſchaft, die im Komplott nur in eine neue Kombination treten. Daß nämlich a) die phyſiſch nicht wirkſamen Komplottanten [2] ſtets bloß wegen Verſuchs verantwortlich ſind und zwar wegen nicht beendigten, das Verbrechen mag von den Uebrigen phyſiſch verſucht oder ausgeführt worden ſeyn, das folgt daraus, daß in dem Komplott eine, jedoch nicht vollkommene, wechſelſeitige Anſtiftung liegt. Eben daraus folgt b) daß [3], wenn die Ausführung durch blo-

1) Stübel Theilnahme ꝛc. S. 31—38 ſtellt ſich der Feuerbachiſchen Anſicht extrem gegenüber, indem er alle intellektuelle Einwirkung beim Komplott abläugnet.

2) Casse de auct. del. intell. §. 14. Andre ſprechen hier von intellektueller Beihülfe. z. B. Bauer Abh. I. S. 447. Kleinſchrod N. Arch. IV. S. 337.

3) Henke I. S. 175. 276. Heffter §. 86. ſpricht von Beihilfe.

ßen Zufall verhindert wird, ſämmtliche Komplottanten wegen Verſuchs haften. Denn es kann [1]) von ihnen der Satz nicht gelten, der von dem wirkſamen Anſtifter in ſolchem Fall gilt, eben weil ihre Anſtiftung nicht als eine vollkommene zu betrachten iſt. Daß endlich c) der Anſtifter im e. S. auf die angef. Weiſe zu behandeln iſt, bedarf wohl keines weiteren Beweiſes; die hinſichtlich ſeiner gemachte Ausnahme aber, d. h. daß er im Fall des zufällig vereitelten Unternehmens nicht ſtraflos bleibt, rechtfertigt ſich eben durch das unter b) Bemerkte. Da nämlich in ſolchem Falle die angeſtifteten gemeinen Komplottanten ſelbſt wegen Verſuchs haften, die Verſchuldung des wirkſamen Anſtifters aber mit der des Angeſtifteten ſtets parallel geht, ſo folgt das Geſagte ganz einfach [2]). — Von ſelbſt verſteht ſich ſchließlich, daß der Begriff des Komplotts auf diejenigen Verbrechen keine Anwendung leidet, die ſchon ihrer Natur nach die Mitwirkung mehrerer Perſonen erfordern [3]). —

Zu einer von allen bisher angef. abweichenden Behandlung des Komplotts wird durch ſeine eigenthümliche Anſicht über Theilnahme überhaupt Luden geführt. Abh. II. S. 351. n. 1. 367—380. Zwar das giebt er richtig an, daß die nicht phyſiſch wirkſamen Theilnehmer bloß wegen Verſuchs verantwortlich ſeien; aber ſein Grund dafür iſt unrichtig, da er aus demſelben auch die falſchen Folgerungen zieht, daß der Anſtifter des Komplotts gleichfalls nur wegen Verſuchs hafte und daſſelbe von ſolchen phyſiſch wirkſamen Komplot-

1) vgl. Kleinſchrod I. S. 313. Heffter §. 87. n. 2. Bauer Abh. I. S. 445. 446. Zirkler n. Arch. 1839. S. 449—452.

2) vgl. Heffter §. 86. n. 5.

3) Henkel. S. 278. n. 23. vgl. noch Bauer Abh. I. S. 440—444.

tanten gelte, die nur Nebenhandlungen verrichten, — ganz abgeſehen davon, daß nach ſeiner Auffaſſung das Verhältniß des Urhebers zu einem bloßen Gehilfen und das des einen Komplottanten zum andern geradezu unter Einen Geſichtspunkt gebracht wird. S. 377. n. 1. finden ſich dann freilich Bemerkungen, die das im Text Ausgeführte großentheils wieder umſtoßen und der richtigen Anſicht nahe kommen.

Noch verdienen zwei praktiſche Fragen Erwähnung: 1) ob auch eine ſtillſchweigende Verabredung als genügend anzunehmen ſei? 2) ob die Zuſage einer bloßen Nichtverhinderung hinreiche? — ad 1) dieſe Frage wird von Vielen verneint, z. B. von Kleinſchrod I. §. 180, Grolman §. 34, Henke I. S. 275 ꝛc., dagegen von Andern bejaht, ſo von Heffter §. 86. n. 2. Luden a. a. O. S. 351. n. 1. Man muß ſich aber wohl für die letztere Anſicht erklären. Denn das, was anderen Arten der Miturheberſchaft gegenüber die Eigenthümlichkeit des Komplotts ausmacht, d. h. daß Mehrere, deren jedem das Verbrechen für ſich ſelbſt Zweck iſt, ſich zu gemeinſchaftlicher Begehung deſſelben vereinigen, und eben durch dieſe Vereinigung ſich wechſelſeitig anzuſtiften ſuchen, ſetzt keineswegs einen ausdrücklichen Vertrag voraus, ſondern es genügt jede Form, in welcher ſich überhaupt Menſchen ihre Entſchlüſſe mittheilen können. Dies findet ſich, in näherer Beziehung auf das Wirtemb. Strafgb. bei Hufnagel Komment. III. S. 94—96 gut ausgeführt. Wenn übrigens dort bemerkt wird: wenn der Entſchluß bei der ſich zeigenden Gelegenheit in demſelben Augenblicke bei Mehreren entſtehen könne, ſo werde er auch von dem einen in der Seele des andern geleſen, — ſo würde es wohl unrichtig ſeyn, wenn damit geſagt werden wollte, dies könne auch bei einem

zufälligen Zuſammentreffen mehrerer doloſen Urheber geſchehen, ſo daß jedes ſolche, auch durch den Zufall veranlaßte, Zuſammenwirken ſofort den Typus des Komplotts annehmen müßte. Vielmehr wird beim Komplott ſtets eine der Ausführung des Verbrechens vorangehende Willensmittheilung vorausgeſetzt werden müſſen, weil nur hiedurch das Verhältniß wechſelſeitiger Anſtiftung entſtehen kann, welches die ſpecifiſche Eigenthümlichkeit des Komplotts ausmacht. In der That liegt dies auch in der gewöhnlichen Definition des Komplotts, die ſich weder mit dem gleichen unmittelbaren Intereſſe der Einzelnen, noch mit der gemeinſchaftlichen Begehung der That begnügt, ſondern als weſentlich noch weiter eine Verabredung hiezu, d. h. jedenfalls eine ſolche gegenſeitige Willensmittheilung fordert, wodurch jeder gegenüber den übrigen als Anſtifter erſcheint [1]. Wäre dem nicht ſo, hätte man vielmehr bei jedem, auch zufälligen, Zuſammentreffen mehrerer doloſen Urheber ein extemporirtes Komplott anzunehmen, ſo würde man auch ſolche, deren Akte der Vollendung des Verbrechens erſt nachfolgten, als Miturheber des vollendeten Verbrechens zu beſtrafen haben, ja ſogar ſolche, welche überall nicht mit Hand anlegten, was offenbar eine durch nichts zu rechtfertigende Härte wäre. Auch ſcheint die weitere Bemerkung nicht ſonderlich praktiſch zu ſeyn, daß die ſtillſchweigende Eingehung des Komplotts Schwierigkeiten mache, wenn dieſelbe Handlung auf ein leichteres oder ſchwereres Verbrechen, z. B. Realinjurie oder Körperverletzung oder Tödtung gerichtet ſeyn könne. Denn in ſolchen Fällen wird die Erfahrung wohl immer das Ergebniß liefern, daß gemäß

---

1) S. z. B. Viſini a. a. O.

der Natur dieſer Fälle das Komplott, wenn je ein ſolches anzunehmen iſt, überall nur hinſichtlich des leichteren Verbrechens anzunehmen iſt, weil die ſchwerere Rechts-verletzung nur zum Verſehen oder zur indirekten Abſicht zuzurechnen ſeyn wird. ad 2. Wie oben angeführt wurde, verlangt Kleinſchrod zum Komplott, daß die Haupthandlung gemeinſchaftlich begangen werden wolle, und zwar ſo, daß jeder Theilnehmer Haupturſache der Exiſtenz des Verbrechens zu werden ſich anheiſchig mache. Mit Recht aber finden die Meiſten dieſe Beſtimmung viel zu eng, wie denn Stübel (ſ. oben) ſogar auf das entgegengeſetzte Extrem hinausgeht. Bei Hufnagel a. a. O. II. S. 513—518 findet ſich die Frage: ob die Zuſage einer negativen Unterſtützung (natürlich das un-mittelbare Intereſſe an dem Verbrechen vorausgeſetzt) ein Komplott begründe? von einem Kreisgerichte und von dem Obertribunale auf entgegengeſetzte Weiſe ent-ſchieden, ſofern erſteres ſie bejaht, letzteres ſie verneint. Erſteres ſcheint aber Recht zu haben, indem es ſich darauf beruft, daß die für gleichmäßige Beſtrafung der Theilnehmer bei der Haupthandlung ſelbſt geltenden Gründe auch für gleichmäßige Beſtrafung komplottmäßiger Theilnehmer vor der That ſprechen, wie denn nicht nur die Praxis des gemeinen Rechts, ſondern auch das Wirtemb. Strafgb. und zwar in Uebereinſtimmung mit den übrigen neueren Geſetzgebungen für dieſen Satz ſpreche. Als bloßer Urheber eines Verſuchs könne offen-bar nur derjenige Komplottant erſcheinen, welcher an der Ausführung auf keine Weiſe Theil genommen, d. h. ſein Verſprechen überall nicht erfüllt und auch nicht einmal durch ſeine Gegenwart ſich zur Erfüllung bereit gezeigt habe. Das Obertribunal führt ſeinen Gegen-beweis nur aus formellen Gründen (den Motiven des

Geſetzbuchs), die aber dem Inhalt nach unrichtig ſind, da ihnen die Anſicht zu Grunde liegt, daß über die Annahme von Urheberſchaft und Beihilfe nicht das unmittelbare Intereſſe an der That, ſondern die größere oder geringere phyſiſche Thätigkeit entſcheide, eine Anſicht, die keineswegs als die des Wirtemb. Strafgb. gelten kann [1]). Vielmehr ſpricht dieſes Geſetzbuch im Weſentlichen ganz die oben aufgeſtellten Grundſätze aus, und als eine Inkonvenienz erſcheint dabei nur, daß auf die phyſiſch nicht wirkſamen Komplottanten ganz in abstracto die Begriffe des beendigten und nicht beendigten Verſuchs angewandt werden, ſo daß für den Fall, wo das Verbrechen durch die Uebrigen bloß zum Verſuche gedieh, eine Lücke im Geſetz beſteht. ſ. Hufnagel a. a. O. I. S. 170.

§. 151.

Eben weil das Komplott auf dem Verhältniſſe gegenſeitiger und deshalb nicht vollkommener Anſtiftung beruht, kann bei ihm von den über die Anſtiftung und ihren Verſuch geltenden Grundſätzen (§. 147. 148), auſſer dem bereits §. 150 Angegebenen nur dies Anwendung finden: a) daß der freiwillige Rücktritt des einen Komplottanten die Uebrigen nicht ſtraflos machen kann, b) daß bei Ueberſchreitungen des Verabredeten durch einen oder einige Komplottanten die Verantwortlichkeit der Uebrigen hiefür ſich gleichfalls darnach richtet, ob ſie als Folge der Verabredung vorausgeſehen werden konnten, resp. mußten, oder ob dies nicht der Fall war; c) daß auch die Komplottanten ſich durch freiwilliges

1) Vgl. Bair. Gb. Art. 50. Bad. Entw. Art. 110. — Das Sächſ. Gb. dagegen ſtellt die ausdrückliche und ſtillſchweigende Uebereinkunft gleich und befolgt überhaupt den einſeitig objektiven Geſichtspunkt. Art. 33 ff.

Zurücktreten von der Verantwortung befreien können; ganz nämlich dann, wenn ſie die Ausführung des Verbrechens durch die Uebrigen verhindert oder die Staatsgewalt von der ſträflichen Unternehmung rechtzeitig in Kenntniß geſetzt haben; der Anſtifter im e. S. bloß theilweiſe, wenn er nur einfach zurücktrat, ohne dadurch die Verhinderung des Verbrechens zu bewirken.

Anm. — Eine eigenthümliche Strafſkala enthält in Beziehung auf den Punkt c) das Wirtemb. Strafgb. Art. 81. 83. Zunächſt ſcheint es gerechtfertigt, wenn der Anſtifter des Komplotts auch im Fall des unvollſtändig aufgegebenen Verſuchs mit ſchwererer Strafe bedroht wird, als die gemeinen Komplottanten im gleichen Falle. Dagegen erſcheint es unpaſſend, wie hier die Kategorieen des beendigten oder nicht beendigten Verſuchs zur Anwendung gebracht ſind, und zwar doppelt unpaſſend, da das Geſetzbuch offenbar nur den Fall vor Augen hat, daß das Verbrechen trotz des Zurücktritts des einen oder andern Theilnehmers ausgeführt und zwar zur Vollendung gebracht worden iſt. — Zugleich iſt es ſonderbar, daß drei Grade gemacht werden. a) Erklärung des Austritts oder Beſtreben, die Uebrigen abzuhalten, b) Vereinigung dieſer beiden Thätigkeiten, c) Anzeige bei der Obrigkeit. In der That ungerecht aber iſt es, wenn die gemeinen Komplottanten nur in den Fällen b und c für ſtraffrei erklärt werden, während ſie im Fall a die Strafe des nicht beendigten Verſuchs treffen ſoll [1]). Vielmehr kann aber nur der Anſtifter dafür verantwortlich gemacht werden, wenn das Verbrechen trotz ſeines Rücktritts ausgeführt wurde, aus den §. 148 angef. Gründen. Dagegen paſſen eben dieſe

1) S. dagegen auch Mittermaier n. 4 zu Feuerbach. §. 47.

Gründe nicht auch auf die gemeinen Komplottanten, denen überall keine vollkommene Anſtiftung zur Laſt fällt, wie dies denn auch von Zachariä II. §. 268 richtig ausgeführt iſt [1]). Von ſelbſt verſteht ſich die Strafloſigkeit Aller, wenn Alle zuſammen von dem Unternehmen freiwillig wieder abſtehen.

II. Materielle Zurechnung.

§. 152.

Dem formellen Charakter der Handlung gegenüber, als der allgemeinen Qualität und einfachen Form derſelben für die beliebige Mannigfaltigkeit ihres Inhalts, macht (§. 113) das Subjekt, als in ſich reflektirtes, ſomit gegen die Objektivität Beſonderes, ſeinen eigenen Zweck, ſeine materielle Abſicht in der Handlung geltend, und es iſt das Weſen der ſubjektiven Freiheit, in der Ausführung dieſes Zwecks ihre Befriedigung zu finden, welche an den ſubjektiven Neigungen, Intereſſen, Trieben ꝛc. ihren Stoff, und als Totalität das Wohl des Subjekts zum Reſultate hat. Indem nun handelnd der ſubjektive Wille ſich in poſitive Beziehung zu dem Willen andrer Subjekte ſetzt, ſo kann er ſein Wohl auch in der Beförderung des Wohls des Anderen ſuchen. Mit dieſen ſeinen Zwecken verhält ſich aber der beſondere Wille zunächſt indifferent gegen das Recht, und ſein Recht iſt, in der Sphäre der Objektivität nur nach ſeinen formellen Abſichten beurtheilt zu werden. Indem er aber das formelle Recht zu ſeiner Schranke hat, ſo wird nun auch innerhalb dieſer Schranke ſein Wohl für ihn ſelbſt zum Rechte.

---

1) Vgl. Bauer Abh. I. S. 446. ſ. indeſſen auch Cucumus N. Arch. XIV. S. 6–8.

Anm. — Die materielle Abſicht macht eine höhere Stufe der Freiheit aus, als die formelle, weil im Inhalte der Handlung das Innere des Handelnden auf intenſivere Weiſe ausgedrückt iſt. Andrerſeits macht aber auch ihre Beſonderheit gerade ihre Endlichkeit und Beſchränktheit aus, indem ſie dadurch in den unendlichen Progreß der Abſichten geräth, deſſen letztes Reſultat die ganz formelle Allgemeinheit des Wohls oder der Glückſeligkeit iſt [1]. — Hier iſt nun übrigens wieder ein Hauptpunkt, in welchem die abſtrakte Subſtantialität der Hegel'ſchen Betrachtungsweiſe verlaſſen werden muß. So viel Gutes er auch bei dieſer Gelegenheit über die Miſère der egoiſtiſchen Moralität, die ſich gegen das Sittlichallgemeine aufſpreizt, vorbringt, ſo enthält doch ſeine ganze Darſtellung ein doppelt Schiefes, indem er 1) das geſammte moraliſche Verhalten des Menſchen bloß als einen Abbruch von der natürlichen Sittlichkeit, als falſche Freiheit und Quelle des Böſen behandelt, 2) aber, was noch viel ſchlimmer iſt, als die Geſammtheit des ſittlichen Weſens den im Staate objektiven Geiſt aufſtellt, ſo daß alle Tugend konſequenter Weiſe in der ordonnanzmäßigen Rechtſchaffenheit eines honetten Bürgers aufgehen muß. — Der erſtere Punkt gehört nun nicht hierher; was aber den letzteren betrifft, ſo iſt ſchon oben bemerkt worden, daß in die Rechtsphiloſophie überall nicht das Subjekt als ſolches mit ſeiner Freiheit gehöre, ſondern nur das Subjekt, ſoweit es Perſon, Mitglied der menſchlichen Gemeinſchaft, Atom in der ſocialen Koexiſtenz iſt. Das Wohl des Menſchen tritt daher auf den Boden des Rechts eben nur in ſoweit, als es Wohl der Perſon iſt. Inſoweit aber iſt

1) Hegel §. 122 123. Michelet S. 102—106.

es, was Hegel nicht gelten laſſen will, ein durchaus weſentlicher Faktor in der Geneſis des Staats, der ſelbſt gar nichts anderes iſt, als die vollſtändige Vermittlung des Rechts mit dem Wohle, der Allgemeinheit des objektiv exiſtirenden Willens mit ſeiner Beſonderheit. In den Umkreis dieſes perſönlichen Wohls fällt allerdings neben dem äuſſeren auf relative Weiſe auch das innere Wohl des Menſchen, ſo nämlich, daß es nicht nur, ſoweit es ſich mit dem formellen Rechte verträgt, ſeine Geltung im Staate, ſondern in gewiſſen Sphären (Kirche, Schule, nationales Kunſtleben) ſelbſt ſeine poſitive Verwirklichung durch den Staat, aber eben nur in der Weiſe verlangt, daß dieſe Verwirklichung nicht als eine eigenthümliche Produktion des Staats erſcheinen darf, ſondern ihr Princip auſſerhalb ſeines Gebietes haben muß. Wenn nämlich Sittlichkeit überall nichts anders heißt, als die Vermittlung des Weſens des Willens mit ſeiner Erſcheinung, ſo muß die objektive Sittlichkeit gerade in der Vermittlung des Rechts mit dem beſondern Willen, d. h. mit dem Willen des Menſchen als eines Beſonderen neben anderen Beſonderen, eines Mitglieds der Geſellſchaft, einer mit anderen Perſonen koexiſtirenden Perſon beſtehen. Indem das Recht ſeinem Begriffe nach dieſe Einheit iſt, ſo muß der Staat, als der Organismus der Rechtsidee, einerſeits die abſtrakte Allgemeinheit des Willens, das formelle Recht, andrerſeits die abſtrakte Beſonderheit des Willens, das materielle Wohl der freien Perſönlichkeit zu ſeinen Faktoren haben. Soll der Staat wahrhaft ein ſittliches Weſen ſeyn, ſo darf dieſes Wohl nicht bloß, wie bei Hegel, eine tranſitoriſche Beſtimmung bleiben, die ſofort zur Accidenz an der Staatsſubſtanz herabgeſetzt wird, ſondern das Subjekt muß freie Perſon

bleiben, und nicht nur dem Namen nach, ſondern auch in wirklicher Geltung, d. h. ſo ſehr Recht und Staat als Selbſtzweck anzuerkennen ſind, ſo gewiß muß auch erkannt werden, daß ſie für den Menſchen, für ſein Intereſſe und Wohl da ſind, — eine Beſtimmung, woraus ſich ſofort im Gebiete des öffentlichen Rechts eine Reihe von Konſequenzen entwickelt, welche der Hegel'ſchen Rechtsphiloſophie fremd geblieben ſind. Obgleich nun übrigens Hegel[1]) es einerſeits einen Mißgriff der Abſtraktion nennt, „das Privatrecht und Privatwohl als an und für ſich gegen das Allgemeine des Staats geltend zu machen", ſo giebt er doch andrerſeits zu[2]), daß „das Recht der Beſonderheit des Subjekts, ſich befriedigt zu finden, d. h. das Recht der ſubjektiven Freiheit den Wende- und Mittelpunkt in dem Unterſchiede des Alterthums und der modernen Zeit ausmache." Mit dieſem Rechte muß denn nun auch Ernſt gemacht, es muß nicht bloß bei dem ſpinoziſtiſchen Rechte des Wiſſens belaſſen werden. Allerdings war es der politiſche Segen des Chriſtenthums, daß durch daſſelbe Alle zur Freiheit berufen worden ſind. Aber auf dem Boden des Staats, ſelbſt deſſen, der mit ſpecifiſcher Chriſtlichkeit prunkt, iſt dies noch keineswegs in allen Folgerungen anerkannt. Dagegen kann keine Rechts- und Staatstheorie mehr ein Fundament ſuchen, worin es nicht anerkannt wäre, daß der Menſch auch im Staate Selbſtzweck ſei. Hier iſt denn auch der ſubjektive Idealismus in ſeinem Rechte, der nur darin fehlte, daß er die beſondere Freiheit ſelbſt als Subſtanz, Recht und Staat daher nur als Produkt ihres Beliebens ſetzte. Vielmehr

1) §. 126 Anm. a. E.
2) §. 124 Anm.

muß aber, ſoſehr einerſeits das Wohl der Perſon als weſentlicher Faktor in der Geneſis des Staats anerkannt wird, ebenſo andererſeits auch der Punkt aufgezeigt werden, wo dieſes Wohl ſelbſt die Unmöglichkeit ſeiner iſolirten Befriedigung inne wird und ſeinerſeits das Recht als ein ſubſtantiell an und für ſich Seiendes, den Staat als mütterlichen Lebensgrund des Menſchen fordert. Allein eben, damit erhelle, was der Staat dem Menſchen zu leiſten hat, muß zuvörderſt das Recht der freien Beſonderheit erwogen werden, das freilich, wie ſchon angedeutet, ſeine Realiſirung im Staate zunächſt nur in Beziehung auf das äuſſere Wohl und nur relativ auch in Beziehung auf das innere fordert. — Daß nun überall der Menſch ein Recht habe, ſein Wohl zu ſuchen, — wovon dieſe ganze Erörterung anheben muß, — dafür liegt der Grund in dem im §. a. E. Geſagten. Das formelle Recht, d. h. der abſtrakt allgemeine Wille in der objektiven Sphäre, enthält keine Gebote, ſondern Verbote, es iſt hiemit nur negative Schranke für die Freiheit des beſondern Willens. Denn, was nicht verboten iſt, das iſt erlaubt; was aber erlaubt iſt, das iſt im Rechtsgebiete ſelbſt ein Recht, aus welchem ſofort Forderungen entſpringen, die Erfüllung finden müſſen.

§. 153.

Indem nun der beſondere Wille mit dem Inhalt ſeines Wohls ſich in ſich reflektirt, ſo ſetzt er ſich eben damit unterſchieden von dem allgemeinen Willen als ſolchen, dem er mithin entſprechen, aber auch nicht entſprechen kann. Da aber in der Sphäre des objektiven Geiſtes das angemeſſene Daſein des Willens allein als Identität ſeiner Allgemeinheit und ſeiner Beſonderheit, d. h. als Recht iſt, ſo ergiebt ſich,

daß **keine materielle Abſicht jemals eine widerrechtliche Handlung rechtfertigen kann.**[1])

Anm. — Man hat nicht nur, wie **Hegel** andeutet, auf dem Theater, ſondern auch im Leben oft genug durch moraliſche Abſichten (gute Abſichten für eigenes und fremdes Wohl) widerrechtliche Handlungen zu rechtfertigen geſucht. Ja, ſolches geſchieht noch täglich, und um ſo gewiſſer, je ſeltener die Bildung iſt, welche in dem Vollbringen des Nothwendigen die wahre Freiheit erkennt, je häufiger vielmehr die Menſchen „die Verwirklichung ſolcher moraliſchen Abſichten dem Rechtthun vorziehen (z. B. lieber Geſchenke machen, als Schulden bezahlen), aus dem ſehr natürlichen Grunde, daß im Rechtthun weiter kein beſondres Verdienſt zu liegen ſcheint, weil der Menſch ſich dabei nicht nach ſeinem eigenthümlichen Charakter geltend machen kann, ſondern ſich einem an und für ſich ſeienden Geſetze anſchließen muß[2])." Beſonders häufig kommen Tödtungen aus Mitleid, Liebe ꝛc. vor, um geliebte Perſonen vor den Gefahren und Leiden des Weltlebens zu ſichern. — Der im §. angegebene Grundſatz iſt übrigens in der Doktrin und der Geſetzgebung anerkannt[3]).

§. 154.

Nicht nur iſt aber das Wohl des beſondern Willens, ſoweit es die Verbote des formellen Rechts nicht verletzt, ſelbſt ein Recht, ſondern es iſt ſogar berechtigt, im Falle der Kolliſion ſeiner Totalität mit dem bloßen Eigenthums

---

1) **Hegel** §. 126. **Michelet** S. 158. 159.

2) **Michelet** a. a. O. S. 158.

3) Vgl. **Oerſted** Grundregeln S. 232. **Heffter** §. 62. 63. Bair. Gb. Art. 39. Wirt. Gb. Art. 55. Sächſ. Gb. Art. 68.

rechte dem letzteren als **Nothrecht** vorzugehen, weil die Totalität des Wohls, das Leben, mit dem Daſein der Perſönlichkeit und Rechtsfähigkeit überhaupt in Eins zuſammenfällt, mithin in dem Kolliſionsfall die Verletzung des geſammten Daſeins der Freiheit der Verletzung eines bloß beſchränkten Daſeins derſelben gegenüber ſteht. Sollte nun das letztere auf Koſten des erſteren erhalten werden, ſo wäre mit dieſem auch der Grund jenes Daſeins negirt, während umgekehrt durch die Anerkennung des Nothrechts die Rechtsfähigkeit überhaupt, ſonach auch die Rechtsfähigkeit des in ſeinem Eigenthum Verletzten ihre Anerkennung erhält [1]).

Anm. — Das Wohl als Totalität der Zwecke des beſondern Willens, in ſeine Spitze zuſammengefaßt, iſt das Leben. Andrerſeits iſt aber das Leben auch der Inbegriff der Rechte der Perſon, in ſeine Spitze zuſammenmengefaßt. In ihm fällt alſo beides zuſammen; es iſt die Fähigkeit und der Träger von beidem. Deshalb kann ſich in Kolliſion mit dem Leben kein andres, minder umfaſſendes Recht behaupten. Denn, geſchähe dies, ſo wäre mit dem Leben die ganze Freiheit im Daſein negirt, mithin auch die Möglichkeit jenes beſchränkteren Rechts. Da nun im Leben die ganze Perſönlichkeit liegt, ſo kann nicht eine Seite der Perſönlichkeit auf Koſten des Ganzen ſich erhalten wollen, weil ſie ſich ſelbſt dadurch ihr Fundament nehmen würde. Das Recht im Eigenthume des A muß daher zurücktreten gegen das Recht im Leben des B. Eben damit geſchieht nun aber das Weitere, daß auch in dem Eigenthume des A nicht das Recht ſelbſt, ſein Fundament, ſein Allgemeines, negirt wird. Vielmehr gerade in der Erhaltung der Perſönlichkeit des B, alſo in der Erhaltung deſſen, was die geſammte

---

1) Hegel §. 127. Michelet S. 159 ff. Wirth I. S. 109.

Rechtsfähigkeit ausmacht, liegt es, daß das Daſein des Rechts, wie in der Perſönlichkeit überhaupt, ſo auch in ihren beſondern Seiten (dem Eigenthum ꝛc.) ein Subſtantielles ſei. Umgekehrt ſtellt ſich die Sache auch ſo, daß nur das partikuläre Wohl des A dem Geſammtwohl, d. h. dem Daſein der Totalität des Rechts in der Perſönlichkeit des B zum Opfer gebracht wird. Denn nur das beſtimmte Eigenthum des A wird negirt, nicht das Allgemeine daran. Man kann daher andrerſeits wieder ſagen, daß das partikuläre Wohl und Intereſſe des beſondern Willens nicht gegen das Recht ſich behaupten dürfe, welches im Leben abſolut verletzt wäre. — Hat aber das Leben, als Exiſtenz der unendlichen Idee, einen unendlichen Werth und ſetzt deshalb alles Eigenthum als accidentell gegen ſich, ſo folgt daraus, daß, wo Leben mit Leben kollidirt, keineswegs dieſelbe Entſcheidung gegeben werden, d. h. daß hier von einem Nothrechte nicht die Rede ſeyn kann.

Wie die Geſetze [1]), ſo beſchränken ſich auch die älteren Kriminaliſten darauf, von einem Nothrecht nur im Falle der Kolliſion zwiſchen Leben und Eigenthum zu reden [2]). Und zwar berufen ſie ſich darauf, daß an ſich jeder Menſch ein Recht auf gleiche Theilnahme an allen irdiſchen Gütern habe, und der Vertheilung des Eigenthums die ſtillſchweigende Bedingung zu Grunde liege, daß man daran im Nothfalle nicht gebunden ſei; oder auch darauf, daß der Menſch urſprünglich und weſentlich das Recht der Selbſterhaltung habe und daß

---

1) Cap. 3. X. de furt. (5. 18.) PGO. Art. 166. 175.

2) Böhmer Medd. ad Art. CCC. 166. §. 1. Vgl. Hugo Grot. de j. belli II. 2. §. 6 ff. und noch v. Zeiller in Wagners Zeitſchr. 1825 I. S. 103—110.

daher im Nothfalle zu dem nothwendigen Zwecke auch das Recht auf die nothwendigen Mittel (fremdes Eigenthum) zuſtehen müſſe. Dieſe im Weſentlichen richtige, wenn auch ungeſchickt begründete Anſicht wurde jedoch von der kritiſchen Philoſophie verlaſſen. 1) Kant[1]), freilich in ſtarkem Widerſpruch mit ſeiner Strafrechtstheorie, dagegen allerdings im Einklang mit ſeiner Grundanſicht über das Recht, ſtellte die Behauptung auf: es könne keine Noth geben, welche das, was unrecht ſei, geſetzmäßig machte. Kollidire aber Leben mit Leben, ſo ſei der, welcher den Andern tödte, allerdings ſtraflos, es könne kein Strafgeſetz gegen ihn geben, denn die durch das Geſetz angedrohte Strafe könnte doch nicht größer ſeyn, als die des Verluſts des Lebens; nun könne ein ſolches Strafgeſetz die beabſichtigte Wirkung gar nicht haben, denn die Bedrohung mit einem Uebel, das noch ungewiß ſei, könne die Furcht vor einem gewiſſen Uebel nicht überwiegen. Begreiflich wurde dieſe Auffaſſung beſonders von Feuerbach aufgegriffen, in deſſen Syſtem ſie ganz vorzüglich paßte. Die Beſtimmung ward aber von ihm mehr und mehr verallgemeinert[2]), und zwar dahin, daß überhaupt Zwang, und beſonders pſychologiſcher Zwang, die Zurechnung aufhebe, ſofern er das Bewußtſein des Strafgeſetzes, und eben damit auch die Wirkſamkeit deſſelben auf das Begehren aufhebe. Jedes in ſolchem Zuſtande begangene Verbrechen ſoll unzurechenbar ſeyn, ſei nun die That im Zuſtande vorhandner Qualen (Folter, Hungersnoth ꝛc.), denen gewöhnliche menſchliche Standhaftigkeit nicht gewachſen ſei, als einziges Mittel, die-

1) Metaph. Anfangsgr. der Rechtslehre. Einleitung S. 41. 42.
2) Lehrb. §. 91 (früher §. 89).

ſelben zu entfernen, oder bei gegenwärtiger dringender Gefahr für das Leben oder ein andres unerſetzliches perſönliches Gut als einziges Rettungsmittel verübt [1]). Auffallend iſt, daß faſt alle neueren Geſetzgebungen, obgleich ſie die Tendenz zum Abſchreckungsprincip nicht Wort haben wollen, doch im Weſentlichen dieſe Argumentation Feuerbachs aufgenommen haben, die doch eben nur auf das Abſchreckungsprincip gebaut iſt [2]). Freilich ſind aber auch mehrere Schriftſteller in demſelben Falle, die, obgleich ſie einſehen, daß der pſychiſche Zwang eine Willensbeſtimmung übrig läßt, gleichwohl die Unzurechenbarkeit der Handlung vertheidigen, weil eine Geſetzgebung, die zuviel Heroismus von ihren Bürgern fordre, auf keine Wirkſamkeit rechnen dürfe [3]). Zunächſt iſt klar, daß von Unzurechenbarkeit hier gar keine Rede ſeyn kann, ſondern nur von aufgehobener oder verminderter Strafbarkeit; denn nur die ſtrenge Abſchreckungstheorie kann in ſolchen Fällen ernſtlich von mangelnder Freiheit ſprechen, während Roſſi, Henke ꝛc. dies nicht zu thun wagen, ja ſogar durch Zugeſtändniß von Strafen im Minimum, Strafen für culpa ꝛc. die Unrechtmäßigkeit der Handlung geradezu anerkennen. Indem nun aber der wahre Fall des Nothſtands mit dem falſchen vermiſcht wird, ſo iſt man in Gefahr, auch in jenem einen bloßen Strafmilderungs-, höchſtens Strafaufhebungsgrund zu ſehen, d. h. das Nothrecht ganz zu verwerfen. Man muß daher die

1) Denſelben Grund braucht unter andern, ziemlich vagen, Argumenten auch Roſſi II. S. 212—225, nicht im Einklang mit ſeinen ſonſtigen Grundſätzen.

2) Mittermaier n. 2. zu Feuerbach §. 91.

3) Mittermaier über den neueſten Zuſtand S. 181. Henke I. S. 335—338. Martin §. 40. n. 4. Heffter §. 40.

Fälle wohl auseinanderhalten, Kolliſion des Lebens mit einem beſchränkteren Recht, und Kolliſion von Leben und Leben. Nur in jenem findet ein Nothrecht ſtatt; in dieſem kann weder von Rechtmäßigkeit, noch von Unzurechenbarkeit der Handlung die Rede ſeyn. — Es hat daher auch 2) Fichte [1]) einen andern Weg eingeſchlagen, indem er behauptet, in allen ſolchen Kolliſionsfällen (worunter aber wohl nur die falſchen Nothſtandsfälle gemeint ſeyn können) ſei das Rechtsverhältniß überall aufgehoben, das weſentlich auf die Möglichkeit der Koexiſtenz berechnet ſei. Natürlich fällt aber dieſe Deduktion mit ihrer Grundlage. Sobald das Recht als ein Subſtantielles, nicht erſt durch die Selbſtbeſchränkung koexiſtirender freier Individuen Producirtes erkannt wird, ſo kann das gedachte Argument nicht mehr gebraucht werden. — Während nun beide angef. Deduktionen ſich ſcharfſinnig auf rechtliche Momente ſtützen, ſo iſt es dagegen ein vages politiſches Raiſonnement, wenn die Strafloſigkeit des Verbrechens in Nothfällen aus der geringen Gefahr [2]) abgeleitet wird, die dadurch für die bürgerliche Geſellſchaft hervorgehe. Indeſſen neigt ſich dieſe Anſicht doch inſoferne zum richtigen Reſultat, als ſie eher dazu führt, in dem pſychiſchen Zwange einen bloßen Strafmilderungsgrund zu ſehen. Letzteres darf auch wohl unbedenklich zugegeben werden (ſ. unten). Unter eine ganz andre Kategorie gehört dagegen das im §. deducirte Nothrecht, welches in ſeiner richtigen

1) Grundlage des Naturrechts, II. S. 85 ff. vgl. Gros Naturrecht, §. 40. Grolman § 23. Schröter I. S. 145. 146. Wächter I. S. 95.

2) Carmignani II. S. 230. Auch Rossi a. a. O. bringt dies Argument bei.

Begrenzung anerkannt iſt von Abegg[1]), nur daß die von dieſem beigegebene allgemeine Erörterung über ein höheres Geſetz, das hier den Handelnden in Schutz nehme, und unter deſſen Kategorie denn auch die (gar nicht hierher gehörige) Nothwehr fallen ſoll, theils überflüſſig, theils unbeſtimmt iſt[2]). —

Ein unter den §. gehöriger Fall iſt noch insbeſondere die Tödtung eines Kindes im Mutterleibe durch den Arzt mittelſt Perforation, wenn ſie zur Rettung des Lebens der Mutter nöthig war. Martin[3]), erklärt hier den Arzt deshalb für ſtraflos, weil die Mutter ſich im Nothſtande befinde. Dagegen macht Wächter[4]) zwei Einwendungen: a) der Nothſtand der Mutter würde nur dieſer ſelbſt, nicht aber einem Dritten (dem Arzt) ein Recht verleihen, b) die Deduktion der Strafloſigkeit im Nothſtande, wie ſie bei M. vorkomme, führe gar nicht auf dies Reſultat. Ohne Zweifel hat Wächter mit der letzteren Bemerkung vollkommen Recht, nicht ſo ſehr aber, wie ſogleich gezeigt werden wird, mit der erſteren. Er ſelbſt ſagt, wenn ein ſolcher Kolliſionsfall eintrete, müſſe man eben das Kind nicht als ein für ſich beſtehendes, getrenntes Rechtsſubjekt, ſondern als pars ventris (wie z. B. einen zu amputirenden Arm) behandeln; auch dürfte dies wohl die Ueberzeugung jedes Geburtshelfers und jedes Ehemanns ſeyn. — Ganz abzuweiſen iſt wohl die Argumentation v. Zeillers[5]), welcher meinte, daß die

1) Lehrbuch §. 107. 108. Derſ. Unterſuch. S. 107 ff. 180 ff. 279 ff. 340 ff. vgl. Oerſted N. Arch. V. S. 345 ff.

2) Darin iſt ihm Marezoll S. 67 gefolgt.

3) Lehrb. §. 115. n. 4.

4) Lehrb. II. S. 120. 121.

5) In Wagners Zeitſchr. 1825. II. S. 211—218.

Mutter ſich hier im Stande der Nothwehr befinde, und insbeſondere den Einwurf bekämpft, daß ſich die Mutter durch den Akt der Zeugung ſelbſt in dieſen Zuſtand verſetzt habe[1]. Was nun die beiden erſtern Anſichten betrifft, ſo haben beide Recht und Unrecht. Martin hat, wie ſchon zugegeben, Unrecht in der Deduktion der Strafloſigkeit der Handlungen im Nothſtand. Wächter hat Unrecht, indem er das Recht, einem Dritten, der ſich im Nothſtand befindet, beizuſpringen, nicht zugeben will. Der Grund des Nothrechts iſt nämlich ein allgemeiner, von dem ſich nicht einſehen läßt, warum er nicht auch einen Dritten zum Wohle des im Nothſtand befindlichen berechtigen ſollte. Wenn Michelet[2] ſagt: der Handelnde dürfe nur das Daſein ſeiner eigenen Perſönlichkeit auf Koſten fremden Eigenthums erhalten, ſo iſt für dieſe Beſchränkung ſo wenig ein Grund angegeben, als für die Erweiterung des Rechts auf den Fall, daß Weib und Kind ſich im Nothſtand befinden. Dieſe Erweiterung in Beziehung auf das Familienband findet ſich auch in neueren Geſetzgebungen[3], und bei dieſen liegt der Grund dafür, daß eben nur dieſe Erweiterung beliebt wird, ohne Zweifel darin, daß das Nothrecht unrichtiger Weiſe auch für den Fall der Kolliſion von Leben und Leben eingeräumt wird, wo es denn freilich bedenklich wäre, das Nothrecht auch jedem Dritten im Namen des im Nothſtande Befindlichen zuzugeſtehen. Der Grund zu dieſer Beſorgniß fällt aber weg, wenn das Nothrecht

---

1) ſ. Jenull ebend. 1826. I. S. 313 ff.

2) A. a. O. S. 160. vgl. Wächter I. S. 96 unter 2) und die dort Angef., ſ. auch Oerſted Abh. II. S. 204. Mittermaier n. 3 zu Feuerbach §. 91.

3) Z. B. Wirt. Gb. Art. 101. Bad. Entw. Art. 77.

richtig auf den Fall beſchränkt wird, wo das Leben mit einem beſchränkteren Daſein der Freiheit kollidirt. In der That wäre denn hier auch die von den gedachten Geſetzgebungen zugelaſſene ſchmale Erweiterung des Rechts auf die nächſten Angehörigen ꝛc. von geringem Gewinn für den im Nothſtand Befindlichen, z. B. für den, der in Gefahr des Ertrinkens iſt und deſſen Rettung durch Dritte nicht ohne Eingriff in fremdes Eigenthum ſich bewerkſtelligen läßt. Vorausgeſetzt mithin, daß in der Perforationsfrage von einem Nothſtande der Mutter wirklich mit Recht geſprochen werden könne, wird Martin in der Sache Recht haben, wenn er die Ausübung des Nothrechts auch dem Arzte geſtattet. Daß nun die Mutter ſich im Nothſtande befinde, das ſcheint Wächter nicht zu bezweifeln; weil aber gegenüber der Perſönlichkeit der Mutter die Perſönlichkeit des Kindes ſteht, die doch in mehreren Beziehungen, insbeſondere durch die Verpönung des Verbrechens der Embryoktonie, von den Geſetzen anerkannt wird, ſo ſucht er ſich dadurch zu helfen, daß er eben in dem vorausgeſetzten Kolliſionsfalle dieſe Perſönlichkeit des Kindes nicht reſpektirt, vielmehr daſſelbe als pars viscerum der Mutter angeſehen wiſſen will. Daß hierin etwas Wahres liege, wird ſogleich erhellen; gleichwohl aber wird die Beſtimmung von Wächter, wie ſie vorliegt, als ein Machtſpruch abzuweiſen ſeyn. Sehr richtig ſagt Jenull, daß die Rechtfertigung der Perforation bei den Prämiſſen, wovon man dabei gewöhnlich ausgehe, ſtets mißlingen müſſe; wenn nämlich Mutter und Leibesfrucht ſich mit gleicher Perſönlichkeit gegenüber ſtänden, ſo könnte von einem Nothrechte gar nie die Rede ſeyn. Nun ſcheint aber nach dem §. bei der Perforationsfrage zunächſt der Fall des Nothſtands nicht gegeben zu ſeyn,

ſofern hier allerdings Leben mit Leben kollidirt, und wir ſcheinen uns durch unſre Vorausſetzungen gerade erſt die Sache erſchwert zu haben. Allein dies ſcheint auch nur. Denn, betrachtet man den Fall genauer, ſo wird man finden, daß in demſelben ein ganz ähnliches Verhältniß ſtattfindet, wie bei der Kolliſion zwiſchen Leben und Eigenthum. Das Leben der Mutter erſcheint nämlich als wirkliches Leben, und ihm gegenüber das des Embryo als ein bloß mögliches, oder, wie Jenull ſagt, beim Embryo ſind die Bedingungen des Erſcheinungsverhältniſſes der Perſon, wornach ſie nicht als Inhärenz, ſondern nur als moraliſche Subſtanz zu denken iſt, noch nicht vollkommen vorhanden; nun ſind wir zwar in der Idee genöthigt, in der Leibesfrucht vom Augenblicke der Zeugung an ein Weſen mit Perſönlichkeit anzunehmen und müſſen ſie aus ſittlichen Gründen „als Perſon achten, — inſoweit als dies geſchehen kann, ohne dadurch das menſchliche Einzelweſen, das als ſolches in das Erſcheinungsverhältniß der juridiſchen Perſönlichkeit mit der Geburt eingetreten iſt, in ſeinen natürlich begründeten Rechten zu verletzen." Daraus folgert Jenull ganz mit Recht, daß einerſeits die Geſetzgebungen mit gutem Fug das menſchliche Leben erſt vom Augenblicke der Geburt an berechnen, daß ſie Rechtsübertragungen durch die Leibesfrucht nicht annehmen und daß ſie ſelbſt die Embryoktonie dem Morde keineswegs gleichſtellen, daß ſie aber andrerſeits ebenſoſehr Recht haben, im Fall der Perforationsfrage den Embryo der Mutter nicht als gleichberechtigte Perſönlichkeit gegenüberzuſtellen, weil „ſie ſonſt eine Kolliſion erſchaffen würden, die in der Natur der Sache nicht gegründet iſt [1])." Hiernach muß denn allerdings mit Martin

1) Jenull a. a. O. S. 315–320.

daſ Princip des Nothrechts angewendet, und es muß mit Wächter der Embryo der Mutter als minder berechtigt gegenübergeſtellt werden. Aber es wird die Idee des Nothrechts anders aufgefaßt, als bei Martin, und zugleich wird die Unſchicklichkeit vermieden, eine werdende Perſönlichkeit einem zu amputirenden Arme gleichzuſetzen. Jedenfalls aber bleibt es dabei, daß ein Nothrecht überall nicht gedacht werden kann, wo gleiche Rechte kollidiren, ſondern nur, wo ein ſtärkeres Recht mit einem ſchwächeren kollidirt. Im erſteren Falle kann von einer Rechtfertigung der aus ſogenanntem pſychiſchem Zwange begangenen widerrechtlichen Handlung niemals die Rede ſeyn, wenn auch allerdings in ſolchem Zwange ein ſehr bedeutender Milderungsgrund gefunden werden mag.

§. 155.

Mit den gedachten Momenten iſt nun aber die kriminaliſtiſche Beziehung des Willens auf andere beſondere Willen erſchöpft. Die poſitiven Beſtimmungen über dieſe Seite an der menſchlichen Handlung, d. h. über den Zweck derſelben und ihre Beziehung auf eigenes und fremdes Wohl, gehören der Moral an, nicht dem Rechte, welches ſich vielmehr gegen die ſubjektiven Abſichten des Handelnden negativ verhält. Allein gerade in dem Momente des Nothfalls offenbart ſich nun die Endlichkeit des Gegenſatzes zwiſchendem formellen Rechte (als der abſtrakten Allgemeinheit des Willens) auf der einen, und dem Wohle (als der abſtrakten Beſonderheit des Willens) auf der andern Seite. Es zeigt ſich einerſeits, daß das Recht nur eben am beſondern Willen ſeine Exiſtenz haben kann, da es nur die Form des Handelns iſt, die nur in den Zwecken des beſonderen Willens den ſie erfüllenden Inhalt findet, — andrerſeits, daß die Totalität der Beſonderheit des Willens mit dem Fundamente der Erſcheinung

des Rechtsbegriffs, der Perſönlichkeit koincidirt. Hiemit iſt aber an die Stelle des bloßen Gegenſatzes und negativen Verhaltens beider Momente gegeneinander bereits die poſitive Beziehung beider aufeinander geſetzt, d. h. es zeigt ſich a) das Recht als das, was der beſondere Wille als Inhalt ſeiner Handlung ſetzen ſoll, b) der beſondre Wille dagegen als die Fähigkeit, dieſes Allgemeine zu wiſſen und ſich frei dazu zu beſtimmen, d. h. als das rechtliche Gewiſſen.

III. Allgemeine Zurechnung.

§. 156.

Die Idee des Rechts iſt die vermittelte Einheit des bloß formellen Rechts mit dem Wohle, welche darin als bloße Momente aufgehoben ſind. Einerſeits nämlich entwickelt ſich aus dem Begriffe des abſtrakten Rechts ſelbſt die Nothwendigkeit, daß es ſich als das Wohl des Individuums ſetze und für daſſelbe zum Mittel werde; andrerſeits erfährt der Begriff des Wohls in ſeiner dialektiſchen Durchführung die Wahrheit, daß er als Einzelwohl ſich nicht realiſiren könne, vielmehr ein Syſtem des allgemeinen Wohls ſetzen, d. h. ſich zu einer rechtlichen Angelegenheit machen, das Weſen des Rechts an ſich ſetzen müſſe. Erſt in dieſer Vermittlung beider Momente wird das Recht wirkliches Recht, oder Rechtsidee, d. h. inhaltsvolle Einheit der Allgemeinheit und der Beſonderheit des Willens in der objektiven Sphäre. In dieſer Idee iſt mithin weder das Recht mehr ohne das Wohl, noch das Wohl ohne das Recht, und nur die Einheit beider hat Geltung als abſolutes Recht.

Anm. — Was Hegel §. 129. 130 vom Guten behauptet, das kann hier nur vom Rechte in der hier angegebenen Bedeutung geſagt werden. Denn die Rechtswiſſenſchaft hat es mit dem Guten ſowenig zu thun, als mit dem Schönen. Abgeſehen aber von der ungehörigen

Beſtimmung der Willensallgemeinheit, wie ſie hier bei Hegel eintritt, iſt das Meiſte, was er in dem betreffenden Kapitel vorbringt, durchaus hierher anwendbar. Die im §en angegebenen Beſtimmungen müſſen nun freilich ihre nähere Deduktion in einem Syſteme der Rechtsphiloſophie überhaupt erhalten, wovon hier nur die Reſultate vorausgeſetzt werden können. Indeſſen darf bei dem gegenwärtigen Stande der politiſchen Bildung und der Sphäre, in welcher ſich alle intereſſanteren Diskuſſionen bewegen, vorläufig erwartet werden, daß eine Anſicht von Recht und Staat Anklang finden werde, welche einerſeits den unfruchtbaren Formalismus des abſtrakten Rechtsbegriffs, der ſich in dem deutſchen Naturrecht ſo lange Zeit breit gemacht hat, in ſeiner Impotenz erkennt, andrerſeits aber die in der neueſten Philoſophie übermüthig gewordene Staatsidee in ihre Gränzen zurückzuweiſen und eben dadurch die ſpecifiſche Beſtimmung des Staats, ebenſo der Organismus des perſönlichen Wohls, wie des Rechts zu ſeyn, um ſo ſchärfer hervorzuſtellen ſich beſtrebt.

§. 157.

Zu dieſer Idee des Rechts nun ſteht der beſondere Wille in dem Verhältniſſe, daß er dieſelbe zum Inhalte ſeines Handelns machen *ſoll*, und in dieſem — zunächſt moraliſchen — Verhältniſſe beſtimmt ſich die unendliche Freiheit des Subjekts als *rechtliches Gewiſſen*. Das Recht erſcheint in ſofern als das Weſentliche des ſubjektiven Willens, welches in ſich aufzunehmen, dieſer ſchlechthin verpflichtet iſt. Dagegen macht aber der ſubjektive Wille vermöge ſeiner unendlichen Freiheit das Recht geltend, ſeine Handlung ſich nur nach ſeinem Wiſſen über den objektiven Werth derſelben zurechnen zu laſſen. Obgleich nun die Rechtsverbindlichkeit einen

weſentlich andern Charakter, als die moraliſche Pflicht, nämlich nicht bloß des Sollens, ſondern den des Müſſens hat, ſo entſteht gleichwohl die Frage, ob nicht dem Subjekte Unrecht geſchehe, wenn ſeine Handlung nach ihrem objektiven Werthe beurtheilt wird, während es ihr in ſeinem rechtlichen Gewiſſen den entgegengeſetzten Charakter beigelegt hatte?

§. 158.

Dieſe Frage iſt jedoch zu verneinen. Denn das wahrhaft rechtliche Gewiſſen kann über das, was an ſich Recht oder Unrecht iſt, nicht irren, ſobald nur das Subjekt an ſich zurechnungsfähig iſt. Es iſt eben das Weſen des Verbrechens, daß der beſondere Wille ſich gegen den allgemeinen ſetzt und ſein beſonderes Wiſſen und Wollen für mehr berechtigt hält und ausgiebt, als den ſubſtantiellen Willen, der in jedem Zurechnungsfähigen potentiell vorhanden iſt. Dieſer ſubſtantielle Wille iſt aber derſelbe in allen ſeinen Formen. Der objektiv ſittliche Wille iſt ſeinem Weſen nach kein anderer, als der ſubjektivſittliche, religiösſittliche ꝛc. Das Subjekt kann daher eine verbrecheriſche Handlung niemals damit entſchuldigen, daß es dieſelbe nach ſeinem Gewiſſen, ſeiner Religion ꝛc. für erlaubt oder gar geboten gehalten habe. Denn dieſes Gewiſſen iſt nur das formelle Gewiſſen des Subjekts, deſſen Schuld er iſt, das ſubſtantielle Wiſſen, das der Potenz nach in ihm lag, in ſich nicht aktualiſirt und demſelben vielmehr ſein eigenes verſchrobenes Meinen vorgezogen zu haben [1]).

Anm. — Sowenig die Stellung, welche Hegel dem Gewiſſen überhaupt giebt, gebilligt werden kann, ſo richtig iſt doch ſeine Unterſcheidung zwiſchen dem

1) Hegel, §. 132. Anm. 137—140.

wahrhaften und dem bloß formellen Gewiſſen, welches nur ein Schein-Gewiſſen iſt, indem ſich das Gefühl der Subſtantialität des Wollens, welches den Inhalt des wahren Gewiſſens ausmacht, in ihm nicht vorfindet, an ſeine Stelle vielmehr ein Produkt des eitlen ſubjektiven Meinens tritt. Welche Geſtalten des Böſen aus der Aufſpreizung dieſes formellen Gewiſſens nicht nur im Jeſuitismus von jeher hervorgegangen ſind, ſondern auch auſſer dem Bereiche deſſelben noch heut zu Tage nur zu oft hervorgehen, das hat Hegel in der Anm. zu §. 140 vortrefflich geſchildert. Wie intereſſant dieſe Erörterungen, z. B. die über die Heuchelei und den Probabilismus für den Kriminaliſten werden können, das beweist unter andern das von Feuerbach[1]) mitgetheilte Beiſpiel des Prieſters Riembauer. Beſonders wichtig iſt aber die unter d) aufgeführte Form des Böſen, wornach das einzige Erforderniß zur Sittlichkeit einer Handlung das ſeyn ſoll, daß ſie in guter Abſicht unternommen wird. „Diebſtahl, Feigheit, Mord, u. ſ. f. haben als Handlungen, d. i. überhaupt als von einem ſubjektiven Willen vollbracht, unmittelbar die Beſtimmung, die Befriedigung eines ſolchen Willens, hiemit ein Poſitives zu ſeyn; und um die Handlung zu einer guten zu machen, kommt es nur darauf an, dieſe poſitive Seite als meine Abſicht bei derſelben zu wiſſen; und dieſe Seite iſt für die Beſtimmung der Handlung, daß ſie gut iſt. die weſentliche, darum, weil ich ſie als das Gute in meiner Abſicht weiß. Diebſtahl, um den Armen Gutes zu thun, — Diebſtahl, Entlaufen aus der Schlacht um der Pflicht willen, für ſein Leben, für

---

1) Aktenm. Darſtellg. II. S. 43—122.

ſeine (vielleicht auch dazu arme) Familie zu ſorgen, — Mord aus Haß und Rache, d. i., um das Selbſtgefühl ſeines Rechts, des Rechts überhaupt, und das Gefühl der Schlechtigkeit des Andern, ſeines Unrechts gegen mich oder gegen Andre, gegen die Welt oder das Volk überhaupt, durch die Vertilgung dieſes ſchlechten Menſchen, der das Schlechte ſelbſt in ſich hat, womit zum Zwecke der Ausrottung des Schlechten wenigſtens ein Beitrag geliefert wird [1]), zu befriedigen, — ſind auf dieſe Weiſe, um der poſitiven Seite ihres Inhalts willen, zur guten Abſicht und damit zur guten Handlung gemacht. Es reicht eine höchſt geringe Verſtandesbildung dazu hin, um für jede Handlung eine poſitive Seite und damit einen guten Grund und Abſicht zu finden." Auf dieſe Form des Böſen hat der Kriminaliſt um ſo mehr achtſam zu ſeyn, als ſich das Publikum aus Mitleid, aus Ungunſt gegen die Juſtiz, aus Eitelkeit, die Sache beſſer zu verſtehen, und aus ſonſtigen Gründen ſehr gern an ſolche Vorſpiegelungen hält und ſich zum Advokaten der Miſſethäter aufwirft, weil ſie ja doch nicht das Böſe um des Böſen willen, ſondern irgend etwas Gutes gewollt haben. Weniger allgemein anwendbar, aber nicht minder triftig ſind die Bemerkungen über die weitere Form des Böſen, wornach die ſittliche Natur einer Handlung nur durch die ſubjektive Ueberzeugung davon beſtimmt werden ſoll. Für den Kriminaliſten iſt es beſonders geſagt, wenn Hegel hier bemerkt. „Es ergiebt ſich übrigens nach

1) Vgl. Hitzig Annalen VI. S. 62—154. 320—378. VII. S. 60—160.

dieſem Princip der Berechtigung aus dem Grunde der Ueberzeugung die Konſequenz für die Handlungsweiſe Anderer gegen mein Handeln, daß, indem ſie nach ihrem Glauben und Ueberzeugung meine Handlungen für Verbrechen halten, ſie ganz recht daran thun; eine Konſequenz, bei der ich nicht nur nichts zum Voraus behalte, ſondern im Gegentheile nur von dem Standpunkte der Freiheit und Ehre in das Verhältniß der Unfreiheit und Unehre herabgeſetzt bin, nämlich in der Gerechtigkeit, welche an ſich auch das Meinige iſt, nur eine fremde ſubjektive Ueberzeugung zu erfahren, und in ihrer Ausübung mich nur von einer äuſſeren Gewalt behandelt zu meinen." — Die Beſtimmung des Sen findet ſich mit Recht in den neueren Geſetzgebungen ausdrücklich aufgeſtellt [1]). Als bezeichnendes Beiſpiel ſchauerlicher Verbrechen aus religiöſem Fanatismus kann die Kreuzigungsgeſchichte in Wildenſpuch dienen (ſ. Meyer Schwärmeriſche Gräuelſcenen ꝛc. Zürich 1824. Hitzigs Annalen III. S. 62 ff.) [2]).

§. 159.

Nicht nur aber die Rechtfertigung der dem Rechte poſitiv entgegengeſetzten Handlung aus dem formellen Gewiſſen des Subjekts iſt ohne Bedeutung, ſondern auch die einfache Berufung auf Rechtsunwiſſenheit oder Rechtsirrthum kann nicht entſchuldigen. Doch iſt zu bemerken, daß dies nur von wirklichen Verbrechen, nicht aber von bloßen Polizeiübertretungen gilt. Denn, wodurch das Recht als Recht verletzt wird, das iſt etwas, worüber ſich kein Zurechnungs-

---

1) S. Bair. Gb. Art. 39. Wirt. Gb. Art. 55. Anm. zum bair. Gb. I. S. 141. Hufnagel Kom. I. S. 103.

2) S. Rossi II. S. 208—210. Jenull I. S. 104.

fähiger irren kann, was er daher nicht erſt durch eine be= ſondre Eröffnung des Staates an ihn zu lernen braucht, während umgekehrt die an ſich nicht unrechtlichen Handlun= gen, welche als reale Möglichkeit des Unrechts von Seiten des Staats verboten werden, eine ausdrückliche Kundmachung vorausſetzen, damit durch Begehung derſelben Schuld be= gründet werde. Beiderlei Arten von Vergehen müſſen daher wohl auseinandergehalten werden. Bei den Verbrechen kann die Berufung auf Unwiſſenheit oder Irrthum über den all= gemeinen Charakter der Handlung überall keine Wirkung haben, nicht einmal die, daß bloßes Verſehen angenommen würde. Denn dieſe Handlungen haben ihre allgemeine Qua= lität an und für ſich, ſie erhalten dieſelbe nicht erſt durch den zufällig damit verknüpften Umſtand des poſitiven Ver= bots, deſſen Nichtwiſſen als ein bloße culpa begründender Irrthum erſcheinen könnte. Wer ſie mit Abſicht begeht, der kann nur doloſer Verbrecher ſeyn, weil in dem Gewiſſen eines jeden Zurechnungsfähigen das Wiſſen um die Subſtanz des Wollens der Potenz nach liegt und deshalb hier nie von einem bloßen Irrthum die Rede ſeyn kann. Dagegen wer= den die Polizeiübertretungen erſt durch das Verbot des Staats zu Vergehen geſtempelt, und dieſer Umſtand, als ein an ſich zufälliger, iſt ein ſolcher, deſſen Nichtwiſſen als ein weſent= licher, das bloße Verſehen oder gänzliche Schuldloſigkeit be= gründender, Irrthum gelten muß. Da ſolche Handlungen an ſich nicht verbrecheriſch ſind, ſo iſt auch die Abſicht, dieſelben zu begehen, an ſich nicht dolus; vielmehr entſteht dieſer erſt durch den Entſchluß, das dem Handelnden bekannte Verbot zu übertreten. Eben dieſer Entſchluß wird aber praktiſch der ſeltenere Fall oder wenigſtens ſchwer erweislich ſeyn, dagegen ſchuldhafte Unwiſſenheit des Verbots um ſo häu= figer vorkommen. Sofern nun derlei Handlungen überhaupt keine große Strafe verdienen, ſo wird es ſich rechtfertigen,

wenn bei ihnen zwiſchen dolus und culpa nicht unterſchieden, dagegen allerdings die völlig unverſchuldete Unkunde des Verbots von aller Verantwortlichkeit ausgenommen wird [1]).

Anm. — Der bekannte Streit über das Verhältniß der Quellen des gemeinen deutſchen Strafrechts zu der vorliegenden Frage [2]), kann hier um ſo mehr dahingeſtellt bleiben, als eine gründliche Entſcheidung dieſer Frage weſentlich die Entwicklung des modernen Staatsbewußtſeins, inſonderheit des Unterſchieds zwiſchen der Rechtspflege und der Polizei vorausſetzt, — eines Unterſchieds, den man im römiſchen Rechte und in der Karolina vergebens in ſeinem prägnanten Ausdrucke wird ſuchen wollen. Gleichwohl dürfte ſich bei genauerer Unterſuchung ergeben, daß das Ergebniß jener Quellenforſchung von dem Reſultate der im §en angeſtellten Betrachtung in den weſentlichen Grundzügen keineswegs ſo ſehr abweicht, und daß die Verwirrung in dieſer Lehre ſich vornämlich nur von den einſeitigen Behauptungen der berühmten Anhänger der kritiſchen Philoſophie herſchreibt. — Das römiſche Recht unterſcheidet zwiſchen delicta juris naturalis oder gentium und delicta juris civilis; zugleich ſpricht es die Vorausſetzung aus, daß jeder Bürger die Verbindlichkeit habe, von den Geſetzen Kunde zu nehmen, und daß die bloße Berufung auf Geſetzesunwiſſenheit oder Irrthum nichts nützen könne. Nur die Unmöglichkeit, irgend Rechtsbelehrung zu erhalten, aber wie Wächter [3]) richtig bemerkt, — wohl nur bei an ſich nicht rechtsverletzenden, vom Ge-

---

1) Michelet S. 49. 79. Jarke in Hitzigs Zeitſchr. III. S. 100 ff.

2) Mittermaier n. 2 zu Feuerbach §. 57. Beſonders Heffter N. Arch. S. 130 ff. 253 ff.

3) Lehrbuch 1. S. 120. 121.

ſetze verbotenen Handlungen, und immer nur ausnahmsweiſe, — ſowie der Fall, wenn ein Polizeigeſetz ausdrücklich wiſſentliche Uebertretung fordert, bilden allgemeine Ausnahmen, woneben noch ſpecielle Ausnahmen für Frauen, Minderjährige und rustici vorkommen. Nur fragt ſich, ob das römiſche Recht wie Roßhirt behauptet [1]), den Unterſchied von delicta juris gentium und juris civilis bei allen Verbrechen zur Anwendung gebracht und nur bei den lezteren den Rechtsirrthum milder betrachtet, oder ob es mit jenem Unterſchiede mehr nur, wie Birnbaum meint [2]), eine philoſophiſche Anſicht ausgeſprochen, dagegen die Entſchuldigung wegen Rechtsunwiſſenheit oder Irrthum auch bei delicta juris gentium nicht ſchlechthin ausgeſchloſſen habe? — Am einfachſten würde der Streit entſchieden, wenn Luden [3]) Recht hätte, der dieſen Unterſchied geradezu für indifferent erklärt und behauptet, daß das römiſche Recht überall, ſelbſt bei delicta juris civilis, und zwar bei allen Perſonen, keine ſchuldloſe Rechtsunkenntniß annehme. Gegen dieſe Anſicht ſpricht jedoch vor Allem ihre Unwahrſcheinlichkeit. Mag man nämlich auch immerhin mit Birnbaum, dem hier Luden folgt, annehmen, daß die Römer mit der Unter-

---

1) N. Archiv IX. S. 490 ff. XII. S. 53 ff. vgl. Feuerbach §. 86. n. a.

2) N. Archiv XI. S. 101 ff. 1836. S. 560 ff. vgl. Heffter §. 55. Marezoll S. 81. not. 1.

3) Handbuch §. 33 n. 7 u. §. 35 n. 5. §. 44 n. 2. vgl. §. 17. In den citt. Stellen hält ſich freilich Luden von Widerſprüchen nicht frei. Denn, während er §. 35. n. 5. die Ausnahmen für Frauen u. Minderjährige noch einräumt, ſucht er §. 44. n. 2 auch dieſe wegzubringen, indem er offenbar die Bemerkung von Wächter I. S. 121. 2ter Abſ. zu ſehr generaliſirt.

ſcheidung von delicta juris gentium und juris civilis mehr nur eine Art philoſophiſcher Bemerkung über die Verwerflichkeit der verſchiedenen ſtrafbaren Handlungen haben machen wollen, ſo folgt daraus doch noch keineswegs, daß der Unterſchied ganz unpraktiſch wäre [1]). Verſtanden ſie unter erſteren unnatürliche, der menſchlichen Natur widerſtrebende Verbrechen, über welche daher auch meiſt ein übereinſtimmendes jus gentium, wenn auch nicht überall in derſelben Ausdehnung, ſich gebildet hat, unter den lezteren dagegen Vergehungen wider eigenthümliche Inſtitutionen einzelner Staaten, ſo mußten ſie nothwendig bei erſteren weniger, als bei lezteren, eine Berufung auf Rechtsunkenntniß als entſchuldigend annehmen. Allerdings ſetzen die erſtern Delikte, um ſtrafbar zu ſeyn, ebenſowohl eine Strafſanktion voraus, wie die lezteren. Allerdings ferner ſind auch die lezteren bei einem gegebenen Volke nur deshalb als verwerflich anerkannt, weil die Volksanſicht dafür ſpricht. Allein dieſe beiden Argumente von Luden vermögen doch nicht den bedeutenden Unterſchied auszulöſchen, der zwiſchen beiderlei Arten von Delikten beſteht. Man mag immerhin zugeben, daß der dem modernen Staat angehörige Unterſchied von Verbrechen und Polizeiübertretung dem römiſchen Rechte fremd geweſen ſei; immer wird man doch in der fraglichen Unterſcheidung der römiſchen Rechtsgelehrten etwas damit Analoges finden müſſen [2]). So gewiß auch delicta j. nat. zur Strafbarkeit eine poſitive Strafſanktion (wenn auch nur als gewohnheitsrechtliche Norm) erfordern und ſo gewiß Luden Recht hat, wenn er gegen

1) Heffter §. 30 n. 1.
2) Heffter §. 55.

Feuerbach [1]) behauptet, die Nichtberückſichtigung der Berufung auf Rechtsunkenntniß habe ihren Grund nicht darin, daß von jeder mit Verſtand begabten Perſon Bekanntſchaft mit den Strafgeſetzen angenommen werden müſſe, ſondern darin, daß auch bei wirklicher Unbekanntſchaft verbrecheriſche Willensſtimmung vorhanden ſei, — ſo hätte doch gerade durch dieſe Bemerkungen Luden auf das Richtige geführt werden ſollen. Feuerbachs Grund wäre ja eben der geeignete, um den Unterſchied zwiſchen del. jur. nat. und jur. civilis für indifferent zu erklären, während umgekehrt Ludens Gegengrund gerade auf die den Polizeivergehen analogen delicta juris civilis ganz und gar nicht paßt. Denn dieſe erhalten ihren verbrecheriſchen Charakter eben erſt durch die poſitive Satzung; von ihnen kann daher eben das nicht geſagt werden, was von den delicta jur. nat. geſagt wird, daß ſie etiamsi lex non esset, magnopere vitanda wären. Wenn nun ohne Zweifel unter die del. jur. civ. insbeſondre auch das gerechnet wurde, was jetzt unter die richtig verſtandene Kategorie der Polizeiübertretung geſtellt wird, ſo müßte man es geradezu grauſam finden, wenn das römiſche Recht bei ihnen gerade ebenſo, wie bei den probra natura turpia, ſelbſt bei gänzlicher Rechtsunkenntniß auf die gleiche Weiſe Schuld und Strafbarkeit angenommen hätten. Um dieſe rigoroſe Behauptung zu unterſtützen, bemüht ſich Luden, die Stellen, welche man gewöhnlich für das Privilegium der Rechtsunwiſſenheit anführt [2]), ſo zu erklären, daß es ſich hier nicht von einem Rechtsirrthum in Beziehung auf die begangene ſtrafbare Hand-

1) §. 86. Art. a. Luden a. a. O. §. 33. not. 7.
2) Wächter I. S. 120. 121. Luden §. 35 not. 5. §. 44. not. 2.

lung ſelbſt, ſondern nur von der Unkenntniß entweder faktiſcher Umſtände oder anderweitiger Rechtsſätze, durch deren Nichtwiſſen der dolus in Beziehung auf die beſtimmte Handlung ausgeſchloſſen werde, handle. So richtig nun aber auch die hier in Bezug genommene Bemerkung Wächters iſt und ſo ſehr man anerkennen mag, daß die gedachte Interpretation Ludens wenigſtens theilweiſe wohl begründet ſei (keineswegs aber überall), ſo wagt doch Luden ſelbſt nicht, alle Ausnahmen direkt abzuläugnen, und noch mehrere müſſen als durch ſeinen Angriff in Wahrheit nicht erſchüttert anerkannt bleiben. Man wird daher allerdings den in der Doktrin hergebrachten römiſchen Unterſchied beibehalten, übrigens aber im Zweifel darüber bleiben müſſen, ob die jedenfalls nur exceptionell geſtellte Strafloſigkeit des Rechtsirrthums bloß auf die del. jur. civ. beſchränkt oder auch bei der andern Art von Delikten zugelaſſen worden ſei?

Sehen wir nun aber auf den modernen Staat, ſo muß die jedenfalls vage römiſche Unterſcheidung verworfen und die beſtimmtere von Verbrechen und Polizeiübertretung an ihre Stelle geſetzt werden [1]). Dies iſt nun zwar von den neueren Geſetzgebungen noch nicht geſchehen, vielmehr bewegt man ſich ſichtlich in dieſer Lehre noch in Unklarheit herum. Allein dieſe wird verſchwinden, ſobald man ſich ihren Grund zum Bewußtſein bringt, der wieder in dem bloß halben Abfall von der Anſicht der kritiſchen Philoſophie liegt. Zwar gieng

1) Umgekehrt meint Hepp über Zurechnung, S. 25, man ſollte auch jetzt noch die römiſche Diſtinktion anwenden, vgl. aber auch Bauer Anm. zum Hann. Entw. II. S. 50.

Feuerbach ſchon zuerſt [1]) nicht ſo weit, als er konſequenter Weiſe hätte gehen müſſen, indem er den Rechtsirrthum nur bei Nichtkenntniß des einzelnen ausdrücklichen geſetzlichen Verbots als entſchuldigend annimmt, nicht aber auch bei Nichtkenntniß der Art und Größe der angedrohten Strafe, worauf es von Unterholzner mit Recht ausgedehnt wurde (denn, wenn der Menſch nur geſtraft wird, weil er ſich nicht hat abſchrecken laſſen, ſo mußte er auch das abſchreckende Geſetz vollſtändig gekannt haben). Aber freilich gieng Feuerbach, da er die praktiſche Unbrauchbarkeit der vollen Konſequenz ſeiner Lehre wohl fühlte, ſogar noch weiter, und ſtellte eine Präſumtion auf, daß jeder mit Verſtand Begabte das Geſetz habe kennen müſſen [2]). Dadurch rettete er formell die Konſequenz wieder, wornach in ſeinem Syſtem der dolus das Bewußtſein des poſitiven Verbotenſeins der Handlung als nothwendiges Requiſit in ſich ſchließt. Nachdem nun ſpäterhin von Andern die Feuerbachiſche praesumtio doli, ſowie das Abſchreckungsprincip überhaupt, verworfen wurde, ſo wäre vor Allem zu erwarten geweſen, daß man auch davon abgekommen wäre, das Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit als nothwendiges Requiſit des dolus zu fordern; denn, wenn man die richtige Einſicht gewann, daß das Weſen des Verbrechens oder der wahre Grund ſeiner Strafbarkeit nicht in der Uebertretung des verbietenden Geſetzes, ſondern in dem Thun des Anſichunrechten und folgeweiſe vom Geſetze Verbotenen liege, ſo war die Beibehaltung jenes Feuerbachiſchen

---

1) Reviſion II. S. 42—44. 67 not. * vgl. Kleinſchrod Syſt. Entw. I. §. 15. 135 ff.

2) Lehrbuch §. 86. Oerſted Grundregeln S. 270—278.

Requiſits des dolus die ſonderbarſte Inkonſequenz [1]). Jedenfalls hätte man wenigſtens nur Bewußtſein der Rechtswidrigkeit fordern ſollen. Allein ſelbſt dieſe Forderung enthält etwas Schiefes, ſobald man ihr den Sinn unterlegt, daß der Richter dem Verbrecher die Exiſtenz dieſes Bewußtſeins bei ihm beweiſen müſſe. Denn dieſe muß allerdings präſumirt werden, während die Zurechnungsfähigkeit und der dolus nicht präſumirt werden dürfen. Die Sache iſt einfach die: Wenn der Verdacht eines doloſen Verbrechens vorliegt, ſo muß der Beweis erbracht werden, daß der Verdächtige überhaupt mit Freiheit, und insbeſondere mit Abſicht gehandelt habe. Iſt aber dieſer Beweis geliefert, ſo braucht nun nicht noch weiter bewieſen zu werden, daß der Verbrecher die Rechtswidrigkeit ſeiner Handlung gekannt habe. Denn ſobald es ſich nur von wirklichen Verbrechen, nicht von bloßen Polizeiübertretungen handelt, ſo verſteht ſich jenes von ſelbſt, weil kein Zurechnungsfähiger ſich über den ſubſtantiellen Charakter der Handlung irren kann, und jedes entgegengeſetzte Vorgeben von ihm als ſchlechte Ausflucht betrachtet werden muß. Sollte freilich eine poſitive Geſetzgebung die Ungerechtigkeit begehen, an ſich rechtmäßige Handlungen zu Verbrechen zu ſtempeln [2]), ſo wäre das ein ſchlimmer Fall. Allein die Wiſſenſchaft des Rechts kann ſich an eine ſolche Möglichkeit nicht kehren, der die Verhöhnung des Rechts zu Grunde läge, und es wäre betreffenden Falls blos eine Sache der Klugheit für die Gerichte, das ſchlechte Geſetz

---

1) Vgl. z. B. Martin §. 34. Mittermaier not. zu Feuerbach §. 54. Heffter §. 55. 66. Marezoll §. 26.

2) Rossi II. S. 110.

zu umgehen oder wenigſtens nur die für Polizeiübertretungen giltigen Grundſätze anzuwenden. — So gewiß alſo zum dolus Bewußtſein der Rechtswidrigkeit gehört, ſo wenig braucht dem Zurechnungsfähigen, der erweislich abſichtlich gehandelt hat, nachgewieſen zu werden, daß er dieſes Bewußtſein in der That gehabt habe. Wenn übrigens Heffter §. 55 ſagt[1]), in Beziehung auf delicta jur. naturalis könne doch z. B. durch bisherige Abſchließung von der menſchlichen Geſellſchaft u. dgl. beſondere Umſtände der Einwand einer vollkommen entſchuldigenden Rechtsunkenntniß begründet werden, ſo iſt dieſe Bemerkung in der That kein Einwand gegen das hier Behauptete; ſie iſt nur ganz überflüſſig, weil ſie ſolche Umſtände vorausſetzt, in welchen ſchon die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben iſt, mithin die Frage über Rechtskenntniß oder Nichtkenntniß gar nicht aufgeworfen zu werden braucht. — Indem nun die herkömmliche Doktrin Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit zum dolus fordert, ſo ſetzt ſie ſich zugleich in den auffallendſten Widerſpruch mit ihrer eigenen Behauptung, daß Rechtsunkenntniß oder Rechtsirrthum nicht entſchuldige. Was nun eben dieſen Grundſatz betrifft, ſo liegt, abgeſehen von der eben beſprochenen Inkonſequenz, der Mangel der gewöhnlichen Doktrin darin, daß ſie auf den hier durchaus weſentlichen Unterſchied zwiſchen dem Verbrechen und der Polizeiübertretung in der Regel nicht die gehörige Rückſicht nimmt. — Freilich wird ſie einigermaßen durch die Nothwendigkeit, an das gemeine deutſche Recht ſich anzuſchließen, entſchuldigt[2]), da

---

1) Vgl. Marezoll S. 81 n. 1. Bair. Gb. Art. 71. Oerſted a. a. O. S. 275.

2) Henke I. S. 331 läßt ſich durch die Beſchaffenheit der gemein=

dieſes allerdings den gedachten Unterſchied nicht kennt, vielmehr ihm die vage Diſtinktion zwiſchen delicta juris gentium und juris civilis unterſtellt. Der Wahrheit am nächſten kommen nun Diejenigen, welche bei den erſteren niemals Entſchuldigung wegen Rechtsunkenntniß annehmen, und die Entſchuldigung bei den letzteren, abgeſehen von den Privilegien der Frauen, Minderjährigen und rustici, auf ſolche Delikte einſchränken, welche den Charakter von Polizeiübertretungen haben [1]. Nur freilich iſt dann theils nicht immer die Begründung zu billigen, wenn ſie nämlich in einer Präſumtion der Kenntniß des poſitiven Strafgeſetzes geſucht wird [2], theils nicht immer das Princip, welches dem Unterſchied zwiſchen der einen und der andern Klaſſe der Verbrechen zu Grunde gelegt wird. Unrichtig iſt es dagegen, wenn im Allgemeinen eine Entſchuldigung wegen Rechtsunkenntniß angenommen wird [3], für den Fall nämlich, daß es unmöglich geweſen ſei, Rechtsbelehrung zu erhalten. Denn dieß kann, wie geſagt, nur bei Polizeiübertretungen geſagt werden, ebenſo unrichtig aber, wenn die Entſchuldigung allgemein verworfen wird. — Die Inkonvenienzen der Doktrin erſcheinen auch in den Geſetzgebungen wieder. Zwar gilt dieß nicht von dem öſtreichiſchen Geſetzbuch, ſofern dieſes den unbeſchränkten Grundſatz der Nichtberückſichtigung des Rechtsirrthums eben nur bei Verbrechen und ſchweren Polizeiübertretungen (d. h. ſolchen Handlungen, die

---

rechtlichen Quellen in andrer Richtung beſtimmen, ſtellt dann aber ſchwer zu vereinigende Behauptungen auf.

1) z. B. Wächter, Jarke, Roßhirt a. a. O.

2) Feuerbach §. 86. Mittermaier n. 2 zu Feuerbach §. 57.

3) Marezoll S. 80. 81. Henke a. a. O.

im Durchſchnitt wohl unter die Kategorie der Verbrechen geſtellt werden dürfen) ausſpricht [1]). Das preußiſche Landrecht unterſcheidet formell richtig zwiſchen Vergehen, bei denen Rechtsunkenntniß nie, und ſolchen, bei denen ſie unter Umſtänden entſchuldigen könne; aber es fehlt darin, daß es dem aus dem Begriff der objektiven Sittlichkeit zu entnehmenden Unterſchiede einen andern, von der Rückſicht auf die (öffentliche und Privat-) Sicherheit hergenommenen unterſchiebt [2]). Neuere Geſetzgebungen dagegen, welche es für gut gehalten haben, Verbrechen und bloße Polizeiübertretungen promiscue zu bedrohen, ſind dadurch nothwendig in die Lage gebracht worden, Regeln über die Rechtsunwiſſenheit aufzuſtellen, die für beiderlei Fälle nicht paſſen [3]). Abgeſehen davon, daß auch ſie regelmäßig ſich der Inkonſequenz ſchuldig machen, einerſeits zum dolus Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit zu verlangen (indem ſie ihn nur durch die Unwiſſenheit über Art und Größe der Strafe nicht ausgeſchloſſen werden laſſen), andererſeits die Berufung auf den Rechtsirrthum, falls er nicht ganz unverſchuldet und unüberwindlich geweſen, auszuſchließen, — ſo iſt, wie geſagt, die Regel für Polizeivergehen zu ſtreng, die Ausnahme dagegen für eigentliche Verbrechen zu mild. Beſonders gefährlich wird dieſer Mangel an der gehörigen Unterſcheidung zwiſchen beiden Gattungen von Vergehen bei der Frage,

1) Daß es gleichwohl auch hier nicht ganz ohne Inkonvenienzen abgehe, darüber ſ. Jenull I. S. 102—104.

2) Jarke a. a. O. S. 103. 104.

3) Bair. Gb. Art. 39. 71. Sächſ. Gb. Art. 68. Wirt. Gb. Art. 55. 99. Hannövr. Gb. Art. 41. 84. Heſſ. Gb. Art. 37. 41. Braunſchw. Gb. Art. 31.

unter welche Schuldkategorie ſofort der unverſchuldete Rechtsirrthum zu ſtellen ſei. Auch hier ſind die Anſichten wieder ſehr verſchieden. — Zunächſt ſcheint nichts natürlicher, als daß eine ſolche verſchuldete Unwiſſenheit unter den Begriff des Verſehens ſubſumirt werde, wie denn auch Feuerbach [1]) hiefür eine eigene Art der culpa, die culpa durch Unwiſſenheit des Geſetzes, aufgeſtellt hat. Auch war dieß bei Feuerbach aus dem Grunde nicht eben bedenklich, weil er nicht nur die Präſumtion der Geſetzeskenntniß, ſondern auch noch eine praesumtio doli aufſtellte, und überdies bei delicta juris naturalis keine Entſchuldigung mit Nichtwiſſen annahm. Nach ſeinem Syſtem mochte die gänzliche Entſchuldigung, abgeſehen von den geſetzlichen Privilegien der Frauen ꝛc. bei delicta juris civilis, eben nur den, auch im bayer. Geſetzbuch Art. 71 genannten Blödſinnigen und andern ſchon an ſich Unzurechnungsfähigen, die mildere Berückſichtigung ex capite culpae dagegen nur ſelten einem zukommen, wenn er die ihm entgegenſtehende Präſumtion umzuſtoßen vermochte. Gleichwohl lag in der Allgemeinheit des Satzes, daß verſchuldete Geſetzesunkenntniß nur wegen culpa verantwortlich mache, etwas ſehr Gefährliches, da nichts im Wege ſtand, denſelben auch auf delicta juris naturalis anzuwenden, und wenigſtens die Feuerbachiſche Schuldlehre die Aushilfe der Verweiſung auf die natürliche Unſittlichkeit dieſer Verbrechen nicht anbot. Es darf deßhalb nicht verwundern, wenn Oerſted [2]) jener Lehre ent-

---

1) Bibl. II. S. 215 ff.

2) Grundregeln S. 269. Noten 270—278. Vergl. Rossi II. S. 210—212.

gegentrat, indem er die culpa durch Geſetzesunkenntniß zum dolus dekretirte. Seine Behauptungen laſſen ſich nun zwar kaum unter einem andern Principe, als etwa dem der Zweckmäßigkeit vereinigen. Vielleicht haben ſie aber eben darum mehr Anklang bei den neueren Geſetzgebern gefunden, die ſchon des Strafproceſſes wegen dieſem Principe mehr, als dem der Rechtmäßigkeit, hold ſind. Oerſted geht nämlich gleichfalls davon aus, daß zum dolus Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit gehöre, behauptet aber gleichwohl, daß die Geſetze die Präſumtion der Geſetzeskenntniß aufſtellen müſſen, wobei er ſich ohne weitere Berechtigung auf die natürliche Unſittlichkeit der delicta j. gentium beruft. Und zwar bezieht er dieſe Präſumtion auch auf reine Polizeiverbote, und verlangt, daß, wer das Geſetz unwiſſend übertreten habe, nicht als kulpoſer, ſondern als doloſer Uebertreter behandelt werden ſolle. Freilich weiß er denn dieſe Strenge nur durch ein Poſtulat der rechtlichen Ordnung zu beſchönigen, und, was noch ſchlimmer iſt, er muß ſofort Ausnahmen machen, die in ihrer Allgemeinheit ebenſowohl auf eigentliche Verbrechen, als auf bloße Polizeiübertretungen zu beziehen ſind. Zwar ſind nun die Ausnahmen, die er zuläßt (bei Fremden, bei einem neuen Geſetze, bei Kindern und Blödſinnigen) nicht eben von großer Bedeutung. Wie gefährlich es aber gleichwohl iſt, wenn das Princip einmal durchlöchert wird, ohne daß man zwiſchen den verſchiedenen Gattungen der Vergehen eine ſcharfe Gränze zieht, das zeigt die o. a. Ausführung von Henke, der ſogar in dem beklagenswerthen Zuſtand der gemeinrechtlichen Quellen eine zwar nicht juriſtiſche, aber doch moraliſche Rechtfertigung für ſich hat. Gerade die Lehre Oerſteds iſt nun aber in den neueren Geſetzgebungen fixirt, welche gleich ihm die

Rechtsunkenntniß für alle Arten von Vergehungen in der Regel nicht als Entſchuldigung annehmen, und eben deswegen, um nicht allzuſtreng zu ſeyn, gleich ihm eben ſo allgemeine Ausnahme ſtatuiren müſſen [1]. Nun iſt zwar von dem geſunden Sinn der Praxis zu erwarten, daß ſie ſolche Ausnahmen nur bei del. jur. civ. annehmen wird, (wie dies auch die Wirt. Motive andeuten); aber einerſeits iſt dieſer Begriff ein vager, andrerſeits giebt es angeſehene Theoretiker, wie z. B. Marezoll, die gegen eine ſolche Beſchränkung ſprechen. Ferner ſagen die neuen Geſetzbücher nicht, ob der ſchuldhaft Unwiſſende wegen dolus oder culpa geſtraft werden ſoll. Da nun wiederum berühmte Rechtslehrer, wie Heffter [2]) und Marezoll [3]) für das Letztere ſind, ſo könnte befürchtet werden, daß die Praxis ſelbſt bei del. jur. nat. dieſer Meinung folgen werde [4]). Indeſſen liegt doch wohl ſchon darin, daß dieſe Geſetzbücher einerſeits der Berufung auf Rechtsunkenntniß mit Recht ungünſtig ſind, andrerſeits die culpa nur ausnahmsweiſe mit Strafe bedrohen, ein ſtarker Beweis dafür, daß ſie der entgegengeſetzten Anſicht ſind. Neuerdings hat ſich nun auch Luden [5]) für die Annahme des dolus erklärt. Allein gleichwohl muß dieſe Behandlung der Sache für unrichtig erklärt werden. Denn darin, daß verſchuldete Unwiſſenheit an und für ſich nur kulpos ſeyn könne, haben Heffter und Marezoll gewiß vollkommen Recht, und es iſt daher dieſe Behauptung nur in ihre richtigen Gränzen, nämlich auf Polizeivergehen zu reduciren, bei denen allerdings Rechts-

1) Hufnagel Kom. I. S. 103.
2) Lehrb. §. 67. n. 5.
3) Lehrb. S. 80.
4) In der That empfiehlt dieß auch Hepp Kom. I. S. 692. u. 2.
5) Handbuch §. 35. n. 5. §. 44.

kenntniß nicht präſumirt werden kann, weil ihre Strafbarkeit einen bloß poſitiven, hiemit zufälligen Grund hat. (Eine feine Bemerkung iſt es übrigens, wenn Heffter ſagt, daß die luxuria bei ſolchen Vergehen ſtets in dolus übergehe). Thut man aber dies, läßt alſo bei wirklichen Verbrechen den dolus durch Berufung auf Rechtsirrthum nie ausgeſchloſſen werden, ſo iſt es für Polizeivergehen weiterhin ohne Bedeutung, ob man wegen dolus oder culpa ſtraft, aus den im Paragraphen angegebenen Gründen. —

Eine beſtrittene Frage iſt noch die: ob die Schuld ausgeſchloſſen werde durch einen ſolchen Rechtsirrthum, vermöge deſſen der Handelnde glaubt, ſeine Handlung falle nicht unter das Strafgeſetz? Luden [1]) ſcheint auch hier, obgleich er es nicht ausdrücklich ſagt, (denn er ſpricht nur von verbrecheriſcher Willensbeſtimmung überhaupt), gleichwohl dolus anzunehmen, inſofern er ſich der Anſicht von Wächter [2]) entgegenſetzt, deſſen Worte die Annahme einer Verantwortlichkeit wegen culpa um ſo weniger ausſchließen, als Wächter ſich auf Jenull [3]) beruft, welcher ausdrücklich bemerkt, es werde hier keineswegs immer unverſchuldeter Irrthum und gänzliche Aufhebung der Zurechnung ſtattfinden. Die erſtere Anſicht iſt gleichfalls ſchon von Oerſted [4]) behauptet worden, der ſich auch gegen die Feuerbachiſche culpa durch Uebereilung erklärte und ausdrücklich, freilich wieder nur aus politiſchen Gründen verlangte, daß einem Uebertreter das Mißverſtehen der Strafgeſetze ſo wenig zu Gute kommen dürfe, als die Unwiſſenheit über das Daſein derſelben. — Man wird aber auch dieſe Frage

1) Handbuch §. 44. n. 4.
2) Lehrb. I. S. 121.
3) Oeſtr. Krim.-Recht I. S. 99—100. Vgl. Henke I. S. 330—331.
4) Grundr. S. 269. Anm. S. 276.

unbedenklich unter das obige Princip zu ſtellen und daher je nach den verſchiedenen Gattungen der Vergehen verſchieden zu entſcheiden haben. — Was übrigens den modernen Staat betrifft, ſo iſt die Bemerkung von Hegel[1]) wohl zu erwägen, daß durch die Oeffentlichkeit der Geſetze und die allgemeinen Sitten der Staat dem Rechte der Einſicht die formelle Seite und die Zufälligkeit für das Subjekt benehme, daher denn auch bei den bloßen Polizeiübertretungen eine genauere Diſtinktion (als etwa durch einen mäßigen Strafrahmen) zwiſchen vorſätzlicher Uebertretung und verſchuldeter Unkenntniß nicht Bedürfniß zu ſeyn ſcheint.

Dritter Abſchnitt.

Die Wiederaufhebung des Verbrechens als Tilgung der Schuld.

§. 160.

An der Wiedervergeltung in der Form der Rache erſchien vornämlich auch dieß auch mangelhaft, daß dabei nur auf die objektive Exiſtenz des Unrechts, nicht aber auf die Schuld darin geſehen wird. Nunmehr hat aber das Verbrechen die Beſtimmung erhalten, Produkt der Subjektivität, ſchuldvolle Handlung zu ſeyn. Es entſteht dadurch nun auch die gegen die frühere umgekehrte Forderung, — gegen welche die objektiv exiſtirende Rechtsverletzung zunächſt als das Indifferente erſcheint, — daß das Verbrechen als ſolches Produkt der Subjektivität wieder aufgehoben werde, daß mithin

1) §. 132. Anm.

die Wiederaufhebung deſſelben ſich als Tilgung der Schuld beſtimme.

§. 161.

Sofern nämlich die Wiedervergeltung überhaupt nur das Daſein des verbrecheriſchen Willens aufhebt, ſo läßt ſie die verbrecheriſche Geſinnung beſtehen, ſie erſcheint nur an dem verbrecheriſchen Subjekte, iſt aber noch nicht für daſſelbe, noch nicht durch ſeine Selbſtbeſtimmung mitgeſetzt. Da nun aber das Verbrechen weſentlich Produkt der ſubjektiven Innerlichkeit iſt, ſo wird es in Wahrheit nur aufgehoben, wenn die Geſinnung aufgehoben wird, woraus es entſprungen iſt. Hiernach muß dem verbrecheriſchen Subjekte die Nichtigkeit ſeiner Handlung in der Art zum Bewußtſein gebracht werden, daß dadurch ſeine verbrecheriſche Geſinnung negativ geſetzt wird [1]).

§. 162.

Die Wiederaufhebung des Unrechts, welche ſich bisher als ein Zwang gegen den Verbrecher, als eine Willensverletzung, mithin im Allgemeinen als ein Uebel für ihn beſtimmt hat, beſtimmt ſich nunmehr als ſein eigenes Intereſſe, als ein Gut für ihn. Es entſteht mithin die Forderung, daß die Wiederaufhebung des Unrechts zum Beſten des Verbrechens ſelbſt gereiche. Dieſe Beſtimmung, zunächſt a) unmittelbar geſetzt, ergiebt den Begriff der Züchtigung, in welcher beides vereinigt iſt, daß die Reaktion gegen den Verbrecher die objektive Genugthuung und Wiedervergeltung enthält, zugleich aber damit der Zweck verbunden iſt, mittelſt der zugefügten Willensverletzung den Verbrecher zu einer Aenderung ſeiner widerrechtlichen Geſinnung zu beſtimmen. Dieſer Zweck iſt in der Züchtigung nur an ſich, noch nicht

---

1) Wirth a. a. O. II. S. 320. 321.

für das Bewußtſein des Gezüchtigten geſetzt, daher auch das Uebel ſelbſt noch nicht durch den Zweck beſtimmt wird. Vielmehr ſteht daſſelbe noch ganz unter der Kategorie der objektiven Genugthuung und dem für dieſe beſtehenden Prinzipe des Maßes, und unterſcheidet ſich von dieſer nur eben durch den über ſie übergreifenden Zweck, durch die Empfindung der Gerechtigkeit der zugefügten Willensverletzung beſtimmend auf die Subjektivität des Gezüchtigten zu wirken.

§. 163.

Indem aber vermöge der ſubjektiven Freiheit es zufällig iſt, ob die an ſich gerechte Willensverletzung von dem Gezüchtigten als ſolche werde empfunden werden, ſo geht jene Forderung b) in die weitere Forderung über, die Züchtigung ſo einzurichten, daß ſie den Verbrecher von dem Verharren in ſeiner widerrechtlichen Geſinnung abſchrecken und ihm eventuell alle weitere Ausbrüche derſelben unmöglich machen müſſe. Hiemit wird nun die Willensverletzung erſt wirklich als ein Uebel für den Verbrecher geſetzt, da ſie vorher ein ſolches nur an ſich war. Zugleich aber tritt nun in der Zufügung dieſes Uebels der Zweck, dieſes Uebel zum Beſten des Schuldigen dienen zu laſſen, ausgeſprochen hervor. Dieſer Zweck der Abſchreckung und Prävention hat ſeine Wahrheit in der Betrachtung, daß kein Verbrechen ein vereinzelter Akt iſt, vielmehr ſtets ein in der Subjektivität mehr oder weniger vorhandenes negatives Ferment und die Geneigtheit, der ſittlichen Idee zu widerſtreben, anzeigt. Dieſer Geneigtheit aber, welche die Vorherrſchaft des ſinnlichen Triebs über die Vernunft vorausſetzt, ſcheint durch Androhung und Vollſtreckung ſinnlicher Uebel ein zweckmäßiges Gegengewicht gegeben zu werden, ſofern zu erwarten iſt, daß der Schuldige durch die Androhung oder Erleidung ſolcher Uebel ſich werde abſchrecken laſſen. Sollte aber dieſer Effekt

nicht erreicht werden können, ſo ſcheint es das eigene Intereſſe des Schuldigen zu fordern, daß ihm durch die Anwendung eines abſoluten Sicherungsmittels die fernere Bethätigung ſeiner widerrechtlichen Geſinnung unmöglich gemacht werde. — So ſehr nun dieſe Anſicht damit Recht hat, wenn ſie das Moment der objektiven Wiedervergeltung in der Wiederaufhebung des Verbrechens für ungenügend hält und vielmehr von derſelben eine Wirkung auf die Subjektivität des Verbrechens verlangt, und ſo richtig es iſt, wenn ſie dieſe Wirkung von der einfachen Züchtigung noch nicht erwartet, eben weil in dieſer der fragliche Zweck noch nicht für das Bewußtſein des Schuldigen hervortritt, — ſo verfällt ſie doch, abgeſehen davon, daß ſie die Beſtimmtheit der Willensverletzung als objektiver Genugthuung indifferent ſetzt, d. h. ihre ſchlechtſinnige Nothwendigkeit negirt, auf ihrem eigeneu Standpunkte in den Widerſpruch, daß ſie eine Selbſtbeſtimmung der freien Subjektivität durch Zwang hervorbringen will, was nicht nur an ſich ſelbſt widerſinnig iſt, ſondern auch theils die Wirkung problematiſch läßt, theils eine falſche Auffaſſung der menſchlichen Freiheit zur Vorausſetzung hat.

Anm. — Die Strafe in Form der Züchtigung findet ſich in keinem irgend höhern ausgebildeten Strafrechte. Vielmehr kann dieſe Auffaſſung nur in ſolchen Staaten erwartet werden, welche über den patriarchaliſchen Standpunkt der Familie noch nicht hinausgekommen ſind [1]), wie es ſich denn wirklich bei den hinteraſiatiſchen Völkern, inſonderheit den Chineſen findet, wo denn namentlich auch die Anwendung der bürgerlichen Strafe für bloß immoraliſche Handlungen charakteriſtiſch iſt.

---

1) Vgl. Abegg Strafrechtstheorieen. S. 20—23, der aber mit Unrecht die Rache unter das Princip der Familie ſtellt. ſ. auch Henke I. §. 6.

Dagegen kommt die gedachte Auffaſſung als Moment allerdings auch auf höheren Bildungsſtufen vor. Dieſelbe enthält, wie auch die obige Darſtellung es andeutet, den Keim für alle vom Standpunkte der Subjektivität ausgehenden Betrachtungen der Natur der Strafe. Deßhalb liegt ſie namentlich dem Strafrechte der chriſtlichen Kirche zu Grunde. Auſſerdem aber iſt dieſes Moment der Strafe zwar allerdings im Strafrechte des modernen Staats als untergeordnetes mit enthalten, dagegen tritt er als ſpecifiſch geltend und als beſtimmendes Princip in dem nicht in den Kreis des Staats, ſondern in den Kreis der Familie fallenden Strafrechte hervor [1]). Gegen die Unmittelbarkeit der Betrachtung der Strafe als Züchtigung iſt es ſchon ein Geſichtspunkt der fortgeſchrittenen Reflexion, wenn ihr der Zweck der Abſchreckung und der Prävention untergelegt wird. Dieß kommt denn allerdings auch in ſchon höher gebildeten poſitiven Rechten vor, dann aber freilich unter Modifikationen, die erſt unten näher zu erörtern ſind. Die gedachten Zwecke behalten dann nämlich nicht ihre hier weſentliche moraliſche Beziehung, ſondern nehmen eine politiſche an, wie dieß auch in der Grolmaniſchen und der relativ hierher einſchlagenden Feuerbachiſchen Theorie der Fall iſt. Gleichwohl liegt das tiefer ſpekulative Moment dieſer Theorie und der ihnen entſprechenden objektiven Rechtsgeſtaltungen nicht, wie es in der Regel angenommen wird [2]), in jener ihrer poli-

1) Ueber die Anwendung dieſes Gedankens im römiſchen Recht ſ. Abegg a. a. O. 89—91.

2) Auch Abegg in den Strafrechtstheorieen behandelt dieſe Syſteme keineswegs gerecht, indem er ſich begnügt, ſie unter den Geſichtspunkt der bürgerlichen Geſellſchaft zu ſtellen.

tiſchen, ſondern in dieſer ihrer moraliſchen Beziehung, wie man dieß ſchon daraus hätte ſchließen können, daß die gedachten Philoſopheme von dem Standpunkte des ſubjektiven Idealismus ausgegangen ſind. Feuerbach unterſcheidet ſich dann nur darin von Grolman, daß er in der verbrecheriſchen Handlung nicht bloß einen Beweis der Geneigtheit des beſtimmten Subjekts zu weiteren Widerrechtlichkeiten, ſondern zugleich den Beweis für ein unter der Maſſe der Uebrigen mehr oder minder verbreitetes negatives Ferment, hiemit zugleich ein verführeriſches Beiſpiel für dieſe ſieht, woraus denn die Nothwendigkeit hervorgeht, auch dieſe abzuſchrecken und ihren möglichen Verbrechen zuvorzukommen. Inwiefern nun dieſen ſubjektiven Beziehungen der Strafe relative Wahrheit zukomme, findet ſich oben angegeben. Zugleich iſt zu bemerken, daß die Mängel dieſer Anſicht eben auf dem Standpunkte des ſubjektiven Idealismus als ſolche nicht erſcheinen konnten. Denn einerſeits gelten jenem Standpnnkte Recht und Staat nicht als etwas Subſtantielles, ſoudern als Produkt des Ichs, mithin als Mittel für deſſen Zweck und Intereſſe, daher von einer an ſich ſeienden Nothwendigkeit der objektiven Genugthuung nach dem Princip des Maßes, mittelſt welcher ja eben nur das Recht als das ſubſtantiell Giltige erklärt wird, gar nicht die Rede ſeyn konnte: andrerſeits enthielt der Gedanke eines pſychologiſchen Zwangs keinen inneren Widerſpruch für ein Syſtem, dem Moral und Recht zwei ſchlechthin unterſchiedene Gebiete und hiemit moraliſche und rechtliche Freiheit zwei weſentlich verſchiedene Potenzen waren, ſo zwar, daß freilich die letztere den Namen der Freiheit in Wahrheit gar nicht mehr verdiente. So auffallend es nun allerdings erſcheinen mußte, wenn die Abſchreckung

gerade als der hauptſächliche, ja einzige Zweck der Strafe erklärt wurde, während doch jedes wirkliche Verbrechen ſtets aufs Neue die Unfruchtbarkeit dieſes Mittels bewies, ſo lag doch der Fehler nur eben in dieſer Einſeitigkeit womit eine Seite der Sache zum Ganzen aufgeſchraubt wurde. An und für ſich nämlich iſt es ganz richtig, daß unter Anderm auch die Furcht vor dem ſinnlichen Uebel der Strafe ein durchaus zweckmäßiges Gegengewicht gegen den negativ ſittlichen, ſelbſtiſchen Trieb iſt; ebenſo unwahr iſt es, den Menſchen zum Theil als abſolut freies Ich, zum andern Theil als bloß ſinnliche Willkühr aufzufaſſen, ſo widerſprechend iſt es, ein Motiv, das nur unter der Vorausſetzung freier Selbſtbeſtimmung als ſolches wirken kann, unter die Kategorie des Zwangs zu ſtellen, während doch gerade jeder konkrete Fall der Anwendung dieſes Zwangs ſeine Unwirkſamkeit als Zwang aufzeigt [1]). Entweder iſt die Abſchreckung nothweudig, weil auf andere genügende Motive zum Abſtehen von der verbrecheriſchen Geſinnung nicht gerechnet werden kann; dann genügt es aber nicht an einem bloß pſychologiſchen Zwang, ſondern es bedarf des phyſiſchen, nicht erſt wieder durch die Freiheit in ſeiner Wirkſamkeit zu vermittelnden; oder aber man ſcheut ſich vor der Brutalität des phyſiſchen Zwangs und rechnet noch auf freie Selbſtbeſtimmung, dann iſt es willkührlich, das Motiv der Furcht vor der Strafe ausſchließend zu berückſichtigen, zugleich aber verkehrt, von einem Zwange zu reden, da doch die Freiheit das

1) Ganz daſſelbe gilt auch gegen die neuerlich von Schaffrath Grundwiſſenſchaft des Rechts §. 147 ff. 186 aufgeſtellte zwangsrechtliche Theorie, von welcher Luden Hdbuch I. S. 50. n. 3. mit Recht ſagt, daß ſie ſich von der Grolmaniſchen nur im Ausdrucke unterſcheide.

ſchlechthin Unzwingbare iſt. Hierin liegt die Rechtfertigung des dem Abſchreckungszwecke entgegengeſetzten Beſſerungszwecks, von welchem ſofort zu handeln iſt.

§. 164.

Dieſer Widerſpruch löst ſich c) in die Forderung auf, im Verbrecher, der in ſeiner Handlung eine die Sittlichkeit negirende Richtung des Willens an den Tag gelegt hat, einen in ſeiner Innerlichkeit vor ſich gehenden, durch ſeine freie Selbſtbeſtimmung vermittelten Proceß, den der Beſſerung hervorzurufen. In der That iſt auch dieſe Forderung die nothwendige Konſequenz der allgemeinen Forderung, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens zur Wiederaufhebung des Unrechts in der Subjektivität des Verbrechens, hiemit ein Proceß ſeines Wiſſens und Wollens, ein Gut für ihn ſelbſt werde. Denn während ſowohl die Züchtigung, als die Abſchreckung, dieſen Proceß zwar zum Zwecke haben, dazu aber ein Mittel (den Zwang) verwenden, welches ſeiner Natur nach dem Begriff der freien Selbſtbeſtimmung widerſtrebt, ſo liegt nun dem Beſſerungszwecke die richtige Einſicht zu Grunde, daß der gedachte Proceß eben nur durch ſolche Mittel hervorgebracht werden könne, welche an ſich geeignet ſeien, auf die freie Selbſtbeſtimmung zu wirken, wobei denn zwar Züchtigung und Abſchreckung nicht als ausgeſchloſſen, aber weder als die einzigen, noch auch nur als die zweckmäßigeren Mittel erſcheinen.

Anm. — Auch hier iſt noch von den politiſchen Modifikationen abzuſehen, welche die Beſſerungstheorieen nothwendig annehmen müſſen, wenn ſie ſich als eigentliche Strafrechtstheorieen geltend machen wollen, was freilich nie glücken kann [1]). Uebrigens iſt hier nicht von

---

1) ſ. Abegg a. a. O. S. 50—53. Literatur bei Mittermaier n. 7. zu Feuerbach §. 7. a.

ſolchen Anſichten die Rede, welche die politiſche und moraliſche Beſſerung des Verbrechers nur als Mittel für einen anderweitigen Zweck, die Sicherheit der Geſellſchaft ꝛc., erſtreben wollen, ſondern nur von ſolchen, die es unmittelbar auf die Subjektivität des Verbrechers als Selbſtzweck abgeſehen haben, mögen ſie nun weiterhin die Beſſerung in der Form der Züchtigung bezwecken, um ſich den Anſichten des gemeinen Lebens anzuſchließen [1]), oder die Beſſerung im eminenten Sinne unmittelbar als Zweck aufſtellen [2]). Hier kommt es nur wieder darauf an, das ſpekulative Fundament dieſer Theorieen als ein weſentliches und relativ wohlberechtigtes anzuerkennen. Da hiebei der Verbrecher in ſeiner Subjektivität als Selbſtzweck behandelt wird, ſo hat dieſe Theorie für jeden, der vom modernen Staate (insbeſondere auch im Strafproceß) die endliche Anerkennung dieſer Nothwendigkeit verlangt, jedenfalls einen unendlichen Vortheil vor der Abſchreckungstheorie, die im Verhältniß zum Staate gerade umgekehrt die Subjektivität des Verbrechers zum bloßen Mittel herabſetzt, womit es denn zuſammenhängt, daß unſre im Mißbrauch graugewordene Praxis (ſelbſt in legislativen Erzeugniſſen, die von ihr ausgegangen ſind) noch immer im Gebiete des Strafproceſſes das, was als Recht des freien Selbſtbewußtſeins mit allem Nachdruck zu fordern iſt, verweigert oder wenigſtens nur als Gnadenſache behandelt wiſſen will. — Die Berechtigung des Beſſerungszwecks liegt aber in der ganz richtigen Einſicht, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens als bloße objektive Genugthuung, die für den Verbrecher ein bloß äuſſerliches

---

1) Anſicht von Livingſton.

2) Henke N. Arch. V. S. 240 ff.

Geſchehen an ihm bleibt, ihren Begriff und ihre Beſtimmung nicht erfülle, daß vielmehr, wenn von derſelben als einem ſittlichen Proceſſe die Rede ſeyn ſoll, auch die Tendenz hinzukommen müſſe, die verbrecheriſche Geſinnung in dem Uebelthäter aufzuheben, daß aber die Erreichung dieſer Abſicht mittelſt der Züchtigung und Abſchreckung an ſich theils problematiſch, theils unmöglich, jedenfalls aber es zweckwidrig ſei, eine von der freien Subjektivität zu erwartende Wirkſamkeit vorzugsweiſe durch Zwang erreichen zu wollen. In dieſem Sinne haben denn die Vertheidiger des Beſſerungszwecks ohne Zweifel Recht, wenn ſie entweder die züchtigende und abſchreckende Qualität der Strafe beibehalten [1]), dieſe Modalitäten aber als bloße Momente dem Beſſerungszwecke unterordnen, oder wenn ſie dieſen Zweck vollends geradezu als den einzigen hinſtellen [2]). Schon um ihrer Humanität willen haben dieſe Theorieen den Spott nicht verdient, mit welchem man ſie nicht ſelten ſo reichlich bedacht hat.

§. 165.

Eben darin jedoch, daß die Forderung der Beſſerung als die Konſequenz und Spitze der allgemeinen Forderung erſcheint, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens zu einem in der Innerlichkeit des Verbrechers ſich verlaufenden Proceſſe gemacht werde, erſcheint zugleich die Einſeitigkeit und Mangelhaftigkeit dieſer Forderung, wie ihr gegenüber die Forderung der objektiven Genugthuung für ſich allein als abſtrakt und einſeitig erſchien. Mit dem Beſſerungszwecke als ihrem Haupt-

---

1) Arnim Bruchſtücke über Verbrechen ꝛc. Stelzer über den Willen.

2) ſ. die Schriftſteller über das Pönitentiarſyſtem bei Mittermaier n. 3. zu Feuerbach §. 149.

principe würde nämlich die Wiederaufhebung des Verbrechens, deſſen Natur es iſt, quantitativ und qualitativ beſtimmt zu ſeyn, über ihren eigenen Begriff hinausgetrieben, ſofern das beſtimmte Verbrechen nicht mehr ſelbſtändig, ſondern nur als Veranlaſſungs = Grund zur Ermittlung der ganzen Geſinnung des Verbrechens in Betracht kommen, die zu der Wiederaufhebung des Verbrechens erforderliche Willensverletzung aber die Größe des Verbrechens nicht mehr zum Maßſtab haben könnte, vielmehr das zuvor geſetzte Princip der Wiedervergeltung geradezu aufgehoben werden müßte. Denn es müßte wegen des größten Verbrechens der Verbrecher nur eine geringe Willensverletzung erfahren, ſobald er Beweiſe von Beſſerung gäbe, wegen des geringſten Vergehens aber eine große, ſolange er es an ſolchen Beweiſen fehlen ließe. Während alſo ſich oben ergeben hat, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens in einer der Verletzung dem Werthe nach gleichen Verletzung des verbrecheriſchen Willens beſtehen müſſe, ſo würde durch den Beſſerungszweck im Gegentheile die geſammte Subjektivität des Verbrechers zum Maßſtabe dieſer Willensverletzung gemacht, was dem Begriffe des Verbrechens, als der nach Art und Größe begränzten objektiven Negation der Sittlichkeit, widerſpräche. Es ergiebt ſich hieraus die Einſeitigkeit und relative Unwahrheit der Betrachtung des Verbrechens als Produkts der Subjektivität, und ſeiner Wiederaufhebung als Vernichtung der verbrecheriſchen Geſinnung. Vielmehr ergiebt ſich, daß nur beide Seiten des Verbrechens zuſammen, die objektive und die ſubjektive, den vollen Begriff deſſelben als der verbrecheriſchen Handlung ausmachen, woraus dann zugleich folgt, daß auch die Wiederaufhebung des Verbrechens beides zuſammen enthalten müſſe, die in der Wiedervergeltung ſich ausſprechende objektive Genugthuung und die Tilgung

der Schuld, welche Einheit ſich in dem Begriffe der Strafe darſtellt [1]).

Anm. — Nicht ſelten werden der Beſſerungstheorie andre Einwürfe gemacht, die nicht treffen. So bemerkt Abegg [2]), es wäre ungerecht, die Wohlthaten einer auf ſittliche Beſſerung berechneten Einrichtung in ihrer Theilnahme erſt von der Verübung eines Verbrechens abhängig zu machen, und man habe keine Berechtigung, Jemanden, ſelbſt um ihn zu beſſern, was ja auf andere Weiſe geſchehen könne, dem Strafzwange zu unterwerfen, wenn dieſer nicht unabhängig begründet ſei. Hierauf wäre zu entgegnen, — ad 1) daß die Beſſerungstheorie, wenn ſie eben den Staat zu ihrem Organe nimmt, mit allem Rechte ſich nicht für befugt hält, Jemanden als Kandidaten des Beſſerungshauſes zu betrachten, der nicht eben durch ein begangenes Verbrechen einen objektiven Erkenntnißgrund ſeiner unſittlichen Subjektivität preisgegeben hat, ad 2) daß es ohne Zweifel allerdings noch andre Beſſerungsmittel, als die Strafe, giebt, daß aber eben ſogewiß dieſe mit unter die wirkſamſten gehört, wie die in Form der Züchtigung in andern ſittlichen Kreiſen vorkommende Strafe deutlich beweiſt. In der That wäre es auch ſonderbar, wenn ein Gedanke ſo gar oberflächlich und handgreiflich unrichtig ſeyn ſollte, der nicht nur im Mittelalter dem Strafrechte der Kirche zu Grunde lag, ſondern auch gerade im modernen Staate da, wo ſein Begriff am reinſten ſich geſtaltet hat, in England, Frankreich und Amerika, als ſo bedeutſame Macht hervorgetreten iſt. — Was gegen den Beſſerungszweck als Princip allein

1) Wirth II. S. 323.

2) Strafrechtstheorien S. 52. ſ. dagegen S. 53. n. 45.

zu erinnern iſt, das giebt der Paragraph an. Daraus erhellt aber zugleich, daß dieſes Princip, welches als Grundnorm der bürgerlichen Strafe allerdings alle Freiheit aufheben müßte, weil der Staat ſich damit ein Vormundſchafts- und Zwangsrecht über die ganze Perſönlichkeit jedes Uebertreters ſeiner Geſetze anmaßen würde, um ſo mehr in denjenigen ſittlichen Kreiſen am Platze iſt, deren Weſen eben darin beſteht, die ganze Perſönlichkeit zu umfaſſen, wie dieß in höherem oder geringerem Grade von der Familie, der Kirche und der Schule geſagt werden kann. Auch hier iſt es alſo der Fall, daß ein Gedanke, der als Moment ſehr wohl an ſeinem Platze und insbeſondere geſchichtlich ſeiner Zeit in höchſter Bedeutſamkeit hervorgetreten iſt, nur dadurch unwahr wird, daß man ihn zum Ganzen der Sache aufſpreizen will, ein Fehler, gegen welchen es eben keine andere Garantie giebt, als die wiſſenſchaftliche Methode, welche der immanenten Entwicklung des Begriffs folgt.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Drittes Kapitel.

Die verbrecheriſche Handlung und die Strafe.

---

§. 166.

Der Begriff des Verbrechens hatte ſich zunächſt unmittelbar als objektive Rechtsverletzung, und hiernach ſeine Wiederaufhebung als objektive Genugthuung (Wiedervergeltung nach dem Principe des Werths) beſtimmt. Aus dieſer unmittelbarſten Beſtimmtheit hat er ſich ſofort in ſeine Innerlichkeit reflektirt, und es hat ſich ergeben, daß das Verbrechen nur exiſtent werden kann als freie und darum zurechenbare Handlung, als Produkt der Schuld eines Subjekts, woraus dann die Forderung hervorgieng, daß auch die Wiederaufhebung dieſer Schuld ein nicht bloß äußerlicher, ſondern im Innern des ſchuldigen Subjekts ſelbſt vor ſich gehender Prozeß ſein müſſe. Eben mit dieſer Forderung drohte aber der Begriff des Verbrechens, über ſich ſelbſt hinauszugehen und in den allgemeinen Begriff der Unſittlichkeit zu zerfließen. Er kehrt daher nunmehr, bereichert mit den ſubjektiven Beſtimmungen, die er an ſich geſetzt hat, in ſeine zuerſt geſetzte objektive Beſtimmtheit als Rechtsverletzung zurück, ſo jedoch, daß er dieß nun nicht mehr unmittelbar, ſondern als durch das Moment der freien Subjektivität vermittelt iſt. Somit iſt er nun als *verbrecheriſche Handlung* beſtimmt, d. h. a) als eine objektiv exiſtirende Verletzung des Rechts als Rechts in irgend einem nach Art und Größe beſtimmten Daſein, welche Verletzung b) das Produkt einer freien, zurechenbaren Handlung eines Subjekts iſt, ſo daß

c) die Verletzung ebenſowohl als ein äußerlich exiſtirendes, mithin objektiv zu vernichtendes, wie als ein ſubjektiv exiſtirendes und daher ſubjektiv zu tilgendes Unrecht erſcheint (vergl. §§. 69. 70).

§. 167.

Das Weſen des Willens überhaupt, in der Form des Rechts, wie in der Form der Pflicht, giebt ſich in der Vernunft ſein Selbſtbewußtſein. Somit iſt zwar allerdings dieſes Weſen der Potenz nach im menſchlichen Geiſte geſetzt, und eben daraus folgte, daß kein Zurechnungsfähiger ſich mit Rechtsunwiſſenheit entſchuldigen kann. Aber eben weil es darin nur an ſich geſetzt, die Freiheit dagegen die Macht iſt, auch das Gegentheil zu ſetzen, ſo ſchließt das Selbſtbewußtwerden der Subſtanz nothwendig auch die Thätigkeit ein, das Weſen des Willens in einer von dem natürlichen Willen unterſchiedenen Formbeſtimmtheit zu ſetzen, in welcher es der menſchlichen Freiheit als die abſolute Norm des Wollens gegenüber ſteht. Als dieſe Formen ergeben ſich in dem Geſammtſyſteme der Ethik die drei Formen des Geſetzes, der Pflicht und des Erlaubten [1]. In die Sphäre des objektiven Daſeins der Sittlichkeit nun aber, in welcher wir uns bewegen, fällt nur die Form des Geſetzes. — So wenig nun die Vernunft auf dieſer Stufe des Selbſtbewußtſeins ſtehen bleiben kann, da vielmehr die Idee des Willens nur dann realiſirt iſt, wenn die abſolute Norm zur freien That geworden iſt, ſo gewiß iſt es doch, eben damit dieſe Vermittlung vor ſich gehen könne, nothwendig, daß die Subſtanz ſich ſo als die abſolute Norm ſetze, und dieß geſchieht nun gerade in der erſten und unmittelbarſten Weiſe in der Form des Geſetzes, welches, gegen die Freiheit des Men-

1) Wirth. I. S. 100—117.

ſchen indifferent, ſeine abſolute Erfüllung verlangt und dieſe Forderung nöthigenfalls durch Zwang verwirklicht.

Anm. — Die Vorſtellung dieſer Nothwendigkeit liegt nirgends näher, als im Strafrechte, welches gerade an der gebrochenen Einheit des ſubſtantiellen und des erſcheinenden Willens ſeinen Stoff hat. Allerdings liegt das Recht, wie das Gute, der Potenz nach im menſchlichen Willen. Er braucht es nicht zu lernen, er braucht nur das Gefühl davon, was von Natur in ihm iſt, zu entwickeln. Darin liegt die Möglichkeit der Schuld, ſowie es darin liegt, daß die Rechtsunwiſſenheit für wirkliche Verbrechen keine Entſchuldigung gewährt. Allein hier iſt es nur darum zu thun, die Nothwendigkeit einzuſehen, warum das Weſen des Willens auch außerhalb der freien Individualität in eigenthümlicher Formbeſtimmtheit für ſich geſetzt ſein muß, — eine Nothwendigkeit, die nicht blos für die Rechtsſphäre, ſondern für das geſammte Reich der Sittlichkeit beſteht. Dieſe Nothwendigkeit liegt aber eben darin, daß jenes Anſichſein des ſubſtantiellen Willens im menſchlichen Gemüthe noch nicht die vollkommene Erſcheinung deſſelben iſt, daß vielmehr dieſe erſt durch das Ringen der ſubjektiven Freiheit mit der ſubſtantiellen Nothwendigkeit und ihre freie Einigung mit ihr hervorgebracht wird. Damit dieſer Proceß möglich werde, muß das Weſen des Willens ſich als ſolches für ſich der freien Subjektivität gegenüber ſetzen; es muß eine unterſchiedene Formbeſtimmtheit annehmen, in welcher es ſich eben dem Willen der Erſcheinung als die abſolute Norm entgegengeſtellt, — freilich nicht, um in dieſem Gegenſatze zu verharren, ſondern gerade damit er aufgehoben werde. Die abſolute Norm erſcheint nun unmittelbar als Geſetz, und in dieſe Sphäre fällt dann eben die objektive Sittlichkeit, welche

den Gegenſtand der Rechtswiſſenſchaft ausmacht. — Hier iſt nun an das ſchon oben Angegebene zu erinnern, daß einerſeits die Willkühr gerade durch dieſe Entgegenſetzung abſoluter Beſtimmungen gegen ſie zum Böſen ſollicitirt, andrerſeits auch die Schuld nur durch das Bewußtſein eines ſolchen Kreiſes von ſubſtantiellen Beſtimmungen möglich wird.

§. 168.

Die adäquate Erſcheinung für den ſubſtantiellen Willen in der Potenz des Geſetzes iſt nun gerade das Recht, welches, als die Form der objektiv geltenden Sittlichkeit, noch in einem beſonderen Sinne nothwendig ein objektives Daſein haben muß. So gewiß nämlich das Recht, wie das Gute, potentiell im Willen des Individuums liegt, ſo gewiß ferner der Rechtsorganismus im Ganzen nicht beſtehen kann, wenn er nicht eine ſubjektive Baſis in der Geſinnung ſeiner Mitglieder hat, ſo iſt es gleichwohl der eigenthümliche Charakter des Rechts, ſich als die allgemeine Macht zu objektiviren und die ſittliche Nothwendigkeit in der Sphäre des objektiven Daſeins ſchlechthin geltend zu machen, daher gegen die Willkühr des Individuums ohne Vermittlung durch ſeine ſubjektive Freiheit mit Zwang ſich zu behaupten, woraus dann die Nothwendigkeit für das Recht folgt, eine der freien Subjektivität ſchlechthin entgegengeſetzte Formbeſtimmtheit in äußerlichen Inſtitutionen anzunehmen, welche eben die Möglichkeit ſeiner zwangsweiſen Verwirklichung verbürgen.

Anm. — Die ſittliche Subſtanz hat auch in der Potenz des Guten und der Pflicht eine von dem individuellen Willen unterſchiedene Formbeſtimmtheit, ſofern ſie ihm gegenüber die allgemeine, ſchlechthin zu befolgende Norm des Handelns darſtellt. Allein der große Unterſchied gegenüber dem Rechte beſteht darin, daß dort

das Daſein des Allgemeinen wieder in die Subjektivität ſelbſt, hier dagegen in das äußere Daſein fällt. Die Pflicht verkündigt ſich dem Subjekte innerlich als ein Sollen, das Recht dagegen fragt nichts nach der Innerlichkeit, es tritt den Menſchen als hartes Müſſen von außen an. Die allgemeine Vernunft, ſofern ſie es nicht auf das Innere des Subjekts, ſondern auf die Welt abgeſehen hat, worin der Menſch neben andern Menſchen lebt und in die Gaben der Natur ſich mit ihnen theilen muß, hat zwar gleichfalls ihr potentielles Daſein im Einzelwillen, aber dieß iſt nicht ihre Eigenthümlichkeit; vielmehr beſteht dieſe darin, daß die ſittliche Allgemeinheit in dieſer Form zugleich ein für ſich ſeiendes, objektives Daſein in äußeren Erſcheinungen und Einrichtungen hat, die, um zu gelten, ſich nicht an die Freiheit des Menſchen wenden, ſondern ſich gegen dieſe als ſchlechthin giltig behaupten und ihren Widerſpruch mittelſt phyſiſchen Zwangs neutraliſiren. Am Rechte hat daher eben die Sittlichkeit in der Potenz des Geſetzes ihre angemeſſene Erſcheinung, während ſie in der Potenz der Pflicht der Moral angehört.

Dieſer weſentliche Unterſchied muß aus der Indifferenz, worin ihn Hegel erlöſchen laſſen wollte, wiederhergeſtellt und inſoweit dem ſubjektiven Idealismus relativ Recht gegeben werden. Gleichwohl aber kann keine Rede davon ſein, deſſen Anſicht von Recht und Moral im Ganzen für irgend zulänglich zu halten, da ihm die Hauptſache, nämlich die Anerkennung des ſubſtantiellen Seins der allgemeinen Vernunft in beiden Potenzen, geradezu abgeht. Ebendeßhalb kann denn auch hier nicht davon die Rede ſein, den Staat als das abſtrakte Zwangsinſtitut, gleichſam als die Zwangsjacke der ſubjektiven Freiheit anzuſehen, wogegen, als gegen

ein nothwendiges Uebel, dieſe ſich möglichſt in ſich ſelbſt zurückzuziehen und in ein hohles moraliſches Pathos hinein zu arbeiten hätte. Im Gegentheil iſt der Staat, als Rechtsorganismus, eben nicht blos ein mechaniſches Gleichgewichtsſyſtem wechſelſeitiger Freiheitsbeſchränkungen, ſondern er iſt ſelbſt ein ſittlicher Organismus, der endlich ſeine beſte Nahrung gleichfalls nur aus der Geſinnung ſeiner Mitglieder zieht [1]).

§. 169.

Hiernach iſt nun 1) das Recht in dieſem ſeinem objektiven Daſein als äußeres Geſetz näher zu betrachten, wobei es denn nicht mehr, wie im erſten Kapitel, bloß unmittelbar als die abſolute Norm des objektiven Daſeins, ſondern als dieſe, wie ſie ſich zu den Individuen verhält, ſich darſtellt. Ebenſo iſt die verbrecheriſche Handlung nunmehr in ihrer Beziehung auf das Geſetz anzuſehen. Sonach iſt 2) der geſetzwidrigen Handlung die Strafe als die wahre, durch den Staat zu vollziehende Wiederaufhebung des Verbrechens entgegenzuſtellen, worauf 3) die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen in Verbindung mit den verſchiedenen, dabei eintretenden, Staatsfunktionen, ſo wie den Gründen, welche die Anwendung der Strafe ausſchließen, zu erörtern iſt.

---

1) Wirth, II. S. 83. 84.

Erſter Abſchnitt.

Das Geſetz und die geſetzwidrige Handlung.

§. 170.

Die Betrachtung des Verbrechens als ſchuldvoller Handlung wider das äußerlich exiſtirende Geſetz der objektiven Sittlichkeit zerlegt ſich wieder in folgende Abſchnitte: 1) iſt zu zeigen, wie jenes Geſetz ſich zur objektiven Exiſtenz bringt und in welches Verhältniß es ſich zu den Individuen ſetzt. 2) Iſt die ſchuldvolle Handlung in ihrer Beziehung auf das Geſetz zu erörtern. Hiemit ergiebt ſich 3) als der Boden für die wirkliche Exiſtenz des Verbrechens in ſeinem vollen Begriffe, ſowie für ſeine Wiederaufhebung — der Staat.

I. Das Recht als Geſetz.

§. 171.

Das formelle Recht iſt abſtrakt, ſofern es das Weſen des Willens in der Form ſeiner Beſonderheit (im Medium der Koexiſtenz der Individuen) iſt, dabei aber gegen den Inhalt des beſondern Willens ſich gänzlich indifferent verhält, ja denſelben überall nur als werthloſe Accidenz gelten läßt. Zwar bedarf nun das Recht des beſondern Willens nicht als reflektirten Organs, wie dies von der Pflicht geſagt werden muß; vielmehr gehört es zu ſeinem Weſen, reine Nothwendigkeit zu ſein. Allein gleichwohl kann es doch nur durch den erſcheinenden Willen reell werden. Eben aber, indem es denſelben nur in Beziehung auf ſeine Verbote als accidentell ſetzt, läßt es ihn im Uebrigen frei und macht den

nicht widerrechtlichen Inhalt ſeines Wohls ſelbſt zum Rechte, welches gleichfalls ſeine Erfüllung fordert. Daraus enſtehen zweierlei Forderungen: 1) daß das Wohl der Perſon als Rechtsangelegenheit behandelt und verwirklicht werde, 2) daß das formelle Recht ſelbſt als Wohl der Perſon ſich realiſire. Von dieſen Forderungen, deren Erfüllung den Begriff des Staats zum Reſultate hat, gehört die letztere hierher. Das Recht muß ſeine Form als bloß abſtraktes Weſen aufheben und ſich als das Wohl des erſcheinenden Willens ſetzen, was freilich der Natur der objektiven Sittlichkeit gemäß nur ſo geſchehen kann, daß es ſich als reines Müſſen, ohne Vermittlung durch die ſubjektive Ueberzeugung als eine ihm nothwendige Form, vollzieht. Allein gleichwohl muß es eben hiedurch für die Perſon, eine Sache ihres eigenen Intereſſes, ein Mittel für ihr Wohl werden, und eben nur hiedurch vollendet ſich ſein ſittlicher Charakter.

Anm. — Wenn Wirth I. S. 102, wo er den ſtrengen Begriff des Geſetzes erörtert, mit Recht ſeinen Charakter als reiner Nothwendigkeit heraushebt, gegen welche die erſcheinenden Willen bloße Accidenzien ſeien, ſo hat er hiemit ganz Recht, da das Geſetz dieſen ſeinen ſpecifiſchen Charakter gegenüber der Pflicht, welche umgekehrt den ſubjektiven Willen als reflektirtes Organ verlangt, niemals verlieren kann. Allein er ſelbſt ſpricht es treffend aus [1]), daß damit die Nothwendigkeit des Subjektwerdens der Rechtsſubſtanz keineswegs ausgeſchloſſen werde. Dieſes Moment iſt aber weiter zu verfolgen; es iſt nicht dabei ſtehen zu bleiben, daß der Rechtsorganismus „auch ein Gebiet des Erlaubten kenne", oder „daß er die Individuen innerhalb ihrer individuellen Einheiten frei ſich ausbreiten laſſe." Viel-

1) Vgl. Wirth II. S. 82.

mehr muß beſtimmter geſagt werden, daß der Einzelne mit ſeinem Wohl ſelbſt einen Rechtsanſpruch habe, daß dieſes Wohl, ſoweit es eben die Schranken des formellen Rechts reſpektirt, ſelbſt als Recht verwirklicht werden müſſe. Darin liegen nun aber die beiden oben angegebenen Forderungen, welche weſentlich zuſammengehören. Im Syſtem des ſubjektiven Idealismus iſt gerade nur das Verhältniß der Wechſelwirkung zwiſchen dieſen beiden Forderungen ignorirt geblieben, während der Gegenſatz zwiſchen Recht und Moral an ſich relativ richtig beſtimmt war. Dieſer Gegenſatz blieb in ſeiner Abſtraktion, weil eben nur dies aufgefaßt wurde, daß das Moralgeſetz nur durch das Medium der ſubjektiven Freiheit hindurch wirken, der Staat dagegen die Erfüllung der Rechtspflichten nicht von der Geſinnung abhängig machen könne. Wenn nun Wirth [1]) dieſe Abſtraktion mit Recht tadelt, ſo iſt es doch nicht genug, wenn er ſagt, der Zweck des Staats ſei gleichwohl, Rechtsgeiſt zu werden. Wenn er aber ferner darauf dringt, daß es das Sittliche ſelbſt ſei, was im Staate Realität gewinne, daß der Staat nur innerhalb des Syſtems der Sittlichkeit als die Einheit begriffen werden könne, in welcher alles einer allgemeinen und äußerlichen Beſtimmung fähige Sittliche zur Wirklichkeit gelange, — ſo iſt dies zwar ſehr richtig; aber die Hauptſache wäre nun eben, zu zeigen, wie auch die dem Rechte eigenthümliche ſchlechthin nothwendige, die Vermittlung durch die Subjektivität verſchmähende, zwangsweiſe Wirkſamkeit gleichwohl als eine ſittliche, d. h. das Allgemeine mit dem Beſondern identiſch ſetzende Wirkſamkeit zu begreifen ſei? Soll dies möglich ſeyn, ſo darf es eben

---

1) A. a. O. S. 86.

nicht bei jenem Verhältniß der abſtrakten Subſtantialität bleiben, ſondern das Recht muß mit ſammt ſeiner abſoluten Nothwendigkeit ſich doch zugleich als ein Gut des beſondern Willens, als ein Mittel für die Zwecke ſeines Wohls ſetzen, eben wie umgekehrt dieſes Wohl ſelbſt zu einer rechtlichen Angelegenheit erhoben werden muß. Uebrigens lag auch dieſes Moment ſchon in dem ſubjektiven Idealismus, indem er den Staat nur als Schutzanſtalt für das Leben und Eigenthum der Individuen, hiemit als „bloßes Mittel der außer und vor ihm fertigen Einzelnen“ anſah. Die Unwahrheit lag hier wieder nur darin, daß Recht und Staat bloß dieſe Beſtimmung haben ſollten, während es ganz richtig war, daß ſie dieſelbe überhaupt haben. Eben dies aber iſt das, was weſentlich hervorgehoben werden muß, wenn das Recht wahrhaft als ſittliche Macht begriffen werden ſoll. Auch ſind es in der That die wichtigſten, beſonders für den Geiſt unſrer Zeit bedeutendſten Konſequenzen, die hieraus abzuleiten ſind, wie die repräſentative Form der geſetzgebenden Gewalt, die Oeffentlichkeit der Rechtspflege ꝛc. Uebrigens ſagt Wirth daſſelbe, wenn er bemerkt: „In der That ſind beide Betrachtungsweiſen (des Rechts als des Zwecks gegen die Einzelnen, und deſſelben als Mittels für die Lebenszwecke der Individuen) eins in der Idee des Staats; er iſt die Verwirklichung des Sittlichen zum geltenden Rechte, dieſes Sittliche aber iſt ebenſo das eigenſte Weſen der Einzelnen, ihre Beſtimmung und ihr Lebenszweck, als eine in ihrer Unendlichkeit über das endliche Daſein und Wollen des Einzelnen hinausliegende Macht.“

§. 172.

Der Stoff nun, an welchem dieſe Beſtimmung des Rechts ſich vollzieht, ſind die Handlungen des beſondern

Willens, welcher eben an ſeinen Handlungen ſeine eigenthümliche Bethätigungsweiſe hat. Einerſeits bedarf nämlich das Recht ſelbſt, welches als die Allgemeinheit die Einheit im Mannigfaltigen ſeyn muß, zu ſeiner Erſcheinung eben eines ſolchen Mannigfaltigen, wofür es ſich als die Regel zu ſetzen hat, — andrerſeits iſt es eine Sache des perſönlichen Wohls, für den abſoluten Zufall, der mit der unendlichen Beſtimmtheit des individuellen Handelns eintritt, eine bleibende Regel zu haben, wie ſie durch das Recht gegeben wird. Es muß nun aber das Recht in dieſer ſeiner Beziehung auf die unendlich mannigfaltigen, ſingulären Akte des individuellen Willens eine dreifache Beſtimmtheit annehmen: 1) muß es als die Allgemeinheit derſelben überhaupt wirklich geſetzt ſein; 2) muß es als dieſes geſetzte Allgemeine auch für die einzelnen Willen und ihr Wiſſen geſetzt ſein, und 3) muß es als die regelnde Einheit des Vielen auch wirklich an den ſingulären Akten der erſcheinenden Willen objektiv geltend gemacht werden.

Anm. — Es iſt eine relativ ganz richtige Wendung, wenn Hegel (§§. 209. 210.) die Rechtspflege an das Syſtem der Bedürfniſſe anknüpft. Eben in dem Zuſammenſtoß, der feindlichen Kreuzung der verſchiedenen Intereſſen, Bedürfniſſe und Anſprüche der Individuen ergiebt ſich von ſelbſt die Nothwendigkeit einer Allgemeinheit, worunter das Gleichartige zu ſubſumiren, einer Norm, wornach das wirklich Kollidirende zu entſcheiden ſei. Das beſondere Wohl wird von ſelbſt zum Zuſammenhang des Wohls weiter geführt. Der Wille reflektirt ſich aus der einſeitigen Form ſeiner Beſonderheit wieder in ſeine Totalität; und den Proceß dieſer Reflexion vollzieht, wie Hegel ganz richtig ſchildert, die Intelligenz und ihre Bildung, welche eben in der Reibung der ſich durchkreuzenden beſonderen Intereſſen entſteht. Verſtändige Sichtung und Vergleichung führt

zu dem allen beſondern Intereſſen immanenten allgemeinen Intereſſe des Rechts. Indem nun aber ſo das Recht als Produkt der Reflexion über das Wohl erſcheint, ſo erweist es ſich zugleich auch wieder als ſubſtantieller, über die Intereſſen der Beſonderheit unendlich übergreifender, ſie zu ſeinem bloßen Erſcheinungsmedium herabſetzender Selbſtzweck.

1) Das Geſetz.

§. 173.

Das Recht, als die abſolute Norm des objektiv Sittlichen, iſt ſtets in einer von dem erſcheinenden Willen unterſchiedenen Formbeſtimmtheit geſetzt, d. h. es iſt als die allgemeine Regel der dem ſocialen Leben angehörigen Handlungen für das Bewußtſein fixirt und als ſolche bekannt, d. h. Geſetz. Durch dieſe Beſtimmtheit iſt es poſitives Recht, und zwar auch ſchon in Form der Sitte oder des Gewohnheitsrechts. Hiedurch giebt es ſich aber an die Endlichkeit hin, und zwar 1) ſofern überhaupt das, was Geſetz iſt, von dem verſchieden ſein kann, was an ſich Recht iſt, 2) ſofern es in den unendlich mannigfaltigen Verhältniſſen der Familie, des bürgerlichen Verkehrs und des Staats in ſeiner äußeren Endlichkeit den Stoff ſeiner Anwendung findet und damit der örtlichen und zeitlichen Zufälligkeit ſich preis giebt, 3) ſofern es als geſetzte Allgemeinheit auf den einzelnen Fall anwendbar ſein ſoll, der vermöge der Zufälligkeit der Endlichkeit vom Begriffe nicht vorher beſtimmt werden kann, daher das Geſetz nach dieſer Seite hin einen Spielraum haben muß, innerhalb deſſen die Willkühr der Entſcheidung ſich bewegen kann [1]).

Anm. — Das Weſen iſt allerdings das ewig Feſte und Unwandelbare, was in allem Fluß und Wechſel

1) Hegel §. 212—214.

der Erſcheinung ſtehen bleibt; ja, was hier fluktuirt und ſo mannigfache Beſtimmtheit annimmt, iſt nur die Idee ſelbſt, die ihre Momente nur allmälig in's Daſein treten läßt, wo denn freilich bald das eine, bald das andere zur Herrſchaft gelangt und ſo den örtlich und zeitlich verſchiedenen Rechtsbildungen das verſchiedenſte Gepräge ertheilt. Indeſſen iſt unter den oben angeführten Mängeln, welche der Uebergang des Weſens in die Erſcheinung mit ſich führt, ein Unterſchied, ſofern die beiden erſteren ihre Aufhebung nur in der Gewißheit der weltgeſchichtlichen Entwicklung der Rechtsidee und der fortgehenden Vervollkommnung ihres endlichen Lebens finden, der dritte dagegen in der Sache ſelbſt ſeine Erklärung und damit ſeine Rechtfertigung findet. — Es wird hie und da der Philoſophie zum Vorwurfe gemacht, daß ſie keineswegs eine abſolute Norm aufſtellen könne, welche für alle Zeiten Geltung hätte, daß ſie alſo z. B. auch nicht feſtzuſtellen wiſſe, welche Handlungen unwandelbar als Verbrechen anzuſehen, und welche Uebel als Strafen feſtzuſetzen ſeien. Man hat es in der That der Philoſophie ſchon übel genommen, ja ſogar darin eine bösliche Täuſchung des Publikums ſehen wollen, daß ſie offen geſteht, ſie könne nicht der endlichen Erſcheinung in Ort und Zeit ſozuſagen das Kleid auf den Leib anmeſſen, vielmehr trete hier das Geſetz der Erſcheinung ein, welchem die Philoſophie der Geſchichte nur im Großen, nicht aber in allem Einzelnen nachrechnen könne. Die Urheber jenes Vorwurfs beweiſen nur, daß ſie von dem Gegenſtande und der Würde der Philoſophie keinen Begriff haben, und daß es auf die Fragen, welche ſie an dieſelbe richten zu müſſen meinen, ſchlechthin keine Anwort giebt [1]. Wenn ſie aber etwa

1) S. auch Abegg, Strafrechtstheorien. S. 59.

meinen, daß die Philoſophie deshalb, weil ſie das Recht des Poſitiven und der Geſchichte anerkennt und aus dieſem Grunde auf jene unſchicklichen Fragen aufzumerken verſchmäht, etwas Ueberflüſſiges und Unpraktiſches ſei, ſo beweiſen ſie damit, daß ſie auch von dem, was in Wahrheit das Praktiſche zu nennen iſt, keine Vorſtellung haben. Das ſchlechthin Unpraktiſche iſt es jedenfalls, ſich einzubilden, es müſſe irgendwo ein Orakel geben, das ein für allen Wechſel der Zeiten gleiches Recht zu vernehmen gäbe. Dagegen beſteht das wahrhaft Praktiſche darin, das poſitive Recht der Gegenwart und die Geſchichte ſeiner Bildung genau zu erforſchen, hiebei aber nicht ſtehen zu bleiben, ſondern ſofort ſich klar zu machen, welche Stufe in dem Entwickelungsgange der Idee dieſes poſitive Recht überhaupt, und näher ſeine gegenwärtige Geſtalt ausdrücke, und wohin dem gemäß das Abſehen derer gerichtet ſein müſſe, denen es zukommt, die Weiterbildung jenes poſitiven Rechts zu leiten. Das nämlich verſteht ſich ja wohl von ſelbſt, daß die Philoſophie das Poſitive nicht in Bauſch und Bogen anerkennt, ſondern daß ſie an der Rechtsidee — zwar nicht ein für alle Zeiten, Nationen, Sitten, Kulturſtufen ꝛc. paſſendes Univerſalrecept, dagegen allerdings einen untrüglichen Prüfſtein für den Werth jeder zeitlichen Entwickelungsſtufe und ein Mittel hat, um zu erkennen, wie die Bildung dieſer Zeit weiter zu fördern ſei. — Noch viel kläglicher iſt übrigens das Mißverſtändniß, wenn der Philoſophie ein Vorwurf daraus gemacht wird, daß ſie das Geſtändniß ausſpricht, für die Anwendung des Geſetzes auf den konkreten Fall könne die Begriffsbeſtimmtheit nur eine allgemeine Grenze angeben, innerhalb deren noch ein Hin- und Hergehen ſtattfinde, ſo daß, da

dieſes zum Behuf der Verwirklichung abgebrochen werden muß, eine innerhalb jener Grenze zufällige und willkührliche Entſcheidung eintrete. Weil ſie als Princip die Wiedervergeltung nach dem gleichen Maße aufſtellt, ſo hat man ihr wohl gar zugemuthet, etwa eine Tabelle, eine arithmetiſche Regel beizubringen, wornach man ſich die Rechnung für jeden einzelnen Fall machen könnte. Allein es iſt ja doch klar, daß das Geſetz ſeinem Begriffe nach eine abſtrakte Natur haben muß, ja daß es eben um ſo ſchlechter iſt, je kaſuiſtiſcher es den unberechenbaren Reichthum der konkreten Fälle ſeiner Anwendung voraus zu berechnen verſucht. Das Geſetz kann ſich dieſer quantitativ und qualitativ in's Unendliche gehenden Mannigfaltigkeit gegenüber nur als Maß verhalten, welches ſofort innerhalb einer allgemeinen Grenze der Willkühr der Entſcheidung einen Spielraum laſſen muß. Es iſt ſchlechthin thöricht, Geſetze zu verlangen, die auf einen einzelnen Fall paſſen ſollen, wie zwei kongruente Dreiecke auf einander paſſen. „Die Vernunft iſt es ſelbſt, welche anerkennt, daß die Zufälligkeit, der Widerſpruch und Schein ihre, aber beſchränkte, Sphäre und Recht hat, und ſich nicht bemüht, dergleichen Widerſprüche in's Gleiche und Gerechte zu bringen; hier iſt allein noch das Intereſſe der Verwirklichung, das Intereſſe, daß überhaupt beſtimmt und entſchieden ſei, es ſei auf welche Weiſe es (innerhalb einer Grenze) wolle, vorhanden. Wollte man ſich gegen dieſe Zufälligkeit erklären, ſo würde man eine Abſtraktion ausſprechen. Das Quantitative einer Strafe kann z. B. keiner Begriffsbeſtimmung adäquat gemacht werden; und, was auch entſchieden wird, iſt nach dieſer Seite zu immer eine Willkühr. Dieſe Zufälligkeit aber iſt ſelbſt nothwendig, und wenn man daraus etwa

gegen ein Geſetzbuch überhaupt argumentirt, daß es nicht vollkommen ſei, ſo überſieht man eben die Seite, woran eine Vollendung nicht zu erreichen iſt, und die daher genommen werden muß, wie ſie liegt. (*Hegel* §. 214 Anmerk. und Zuſatz). — Die neuen Kriminalgeſetgebungen ſind durch das Bedürfniß auf dieſe Einſicht geführt worden, und haben es daher für die Regel aufgegeben, abſolut beſtimmte Strafen feſtzuſetzen, an deren Stelle ſie ſich vielmehr mit Strafrahmen begnügen, innerhalb deren der Richter ſich auf und ab bewegen kann.

2) Das Daſein des Geſetzes.

§. 174.

In der Nothwendigkeit der allgemeinen Verbindlichkeit des Geſetzes liegt die Forderung, daß es auch im Daſein, für das Bewußtſein derer, die es verbinden ſoll, die Form der Allgemeinheit haben, d. h. daß es *allgemein bekannt gemacht* ſei. Zwar wird nicht erſt hiedurch die allgemeine Verbindlichkeit begründet, welche vielmehr dem Rechte auch in der Form des Gewohnheitsrechts zukommt; aber es iſt ein Unrecht des Staats, wenn er bei erwachender Bildung jene Forderung zu befriedigen unterläßt.

Anm. — Poſitives Recht, hiemit allgemein verbindliche Norm des Handelns, iſt auch das Gewohnheitsrecht [1]); denn auch ſo iſt das Recht das Gemeinbewußtſein Aller über das Allgemeine und Subſtantielle in ihren ſocialen Verhältniſſen. Daher kann ein Strafrecht ausgeübt werden auch ohne förmlich geſchriebenes Geſetz. Es iſt nicht nöthig, daß man erſt förmliche Geſetze mache, um damit abzuſchrecken und ſofort an demjenigen ein Exempel zu ſtatuiren, welcher ſich

1) Ueber ſeine Bedeutung im Strafrechte ſ. *Luden* Handb. I. S. 134 bis 140. *Puchta*, Gewohnheitsrecht II. S. 240 ff.

nicht abſchrecken läßt. In dieſem Sinne iſt daher der Feuerbachiſche Satz: Nulla poena sine lege unwahr. Dagegen iſt es allerdings eine wohl begründete, viel weiter gehende Forderung, daß das poſitive Recht überhaupt in ein Geſetzbuch redigirt werde. (Hegel §. 215). Und, wenn nun dieſer Forderung Genüge geſchieht, ſo hat dies allerdings noch den weiteren Effekt, daß nunmehr die Rechtsunwiſſenheit allen Grund zur Entſchuldigung vollends verliert und ſelbſt bei Polizeiübertretungen nicht mehr von der Verantwortlichkeit befreien kann. — Auch der lange Streit über Kodifikation übrigens, in welchem ſich die hiſtoriſche Schule ihr Prognoſtikon ſelbſt am beſten geſtellt hat, iſt wenigſtens im Gebiete des Strafrechts auf dem Wege des Bedürfniſſes ganz im Sinne der Philoſophie zur Entſcheidung gebracht worden. — Darüber ſodann, daß es abſurd ſei, an ein Geſetzbuch die Vollendung zu fordern, daß es ein abſolut fertiges, keiner weiteren Fortbeſtimmung fähiges ſeyn ſolle, und hiemit den weſentlichen Unterſchied zwiſchen einem Vernunft-Allgemeinen und einem Verſtandes-Allgemeinen, bei welchem die Vollkommenheit nur in dem Perenniren der Annäherung beſteht, ganz zu verkennen, ſ. Hegel §. 216 Anm. und Zuſ. — Leider kommt bei dem gemeinen deutſchen Strafrechte der Gedanke der unendlichen Perfektibilität eines Geſetzbuchs nur in Verbindung mit einer ganzen Reihe zufälliger hiſtoriſcher Uebelſtände zur Sprache, da hier Wiſſenſchaft und Praxis die Lücke ausfüllen mußten, welche durch das Einſchlafen und Blindwerden der geſetzgebenden Gewalt entſtand [1].

1) ſ. Wächter Gemeines Recht in Deutſchland.

3) Die Rechtspflege.

§. 175.

Das ſo im Daſein und Bewußtſein geſetzte Allgemein iſt endlich als das objektiv Sittliche auch wirklich zur Realität zu bringen, d. h. es iſt gegen die individuellen Willenakte, welche ihm ihre beſondern Intereſſen entgegenſetzen, zu jeder Zeit als die einzig giltige Regel des ſocialen Daſeins darzuſtellen. Dieſe Operation ſetzt als Organ einen Willen voraus, der, ungetrübt von ſubjektiven Einflüſſen, nur das Subſtantielle als ſolches zu wollen und zu verwirklichen fähig iſt, hiemit eine öffentliche Macht, die nicht nach dem Gefühle, ſondern nach objektiven Gründen und Regeln entſcheidet, — die Rechtspflege durch das Gericht. Dieſe öffentliche Macht hat ſonach die Beſtimmung, das Recht, als das Subſtantielle an allen ſingulären Akten und Verhältniſſen der ſocialen Individuen, zugleich für deren Bewußtſein, als ihr eignes Wohl, zu verwirklichen. Indem ſie aber die ganz ſingulären Lebensäußerungen des Individuums zum Objekte hat, ſo muß ſie, wenn ſie nicht in Gewiſſensrichterei ausarten ſoll, ſich auf ſolche Handlungen beſchränken, in welchen die Negation des Rechts ſich ſchon auf irgend eine Weiſe ein beſtimmtes Daſein gegeben hat. Solche Akte ſind aber ganz beſonders die Verbrechen, welche nach objektiv geſetzlichem Gange wieder aufzuheben und dagegen die ewige und allgemeine Giltigkeit des Rechts zu beſtätigen, mithin zu den Hauptaufgaben der Rechtspflege gehört.

Anm. — Das Nähere über die Begründung der Rechtspflege muß hier wieder aus der Rechtsphiloſophie überhaupt vorausgeſetzt werden. So viel iſt aber klar, daß die Forderung der Rechtspflege überhaupt ſich nur mit der Forderung des Gerichts, als eines von der ſubjektiven Empfindung des konkreten Falls ungeirrten

Willens vollendet, ſowie, daß das Gericht das Daſein und Bekanntſein des Geſetzes zur Vorausſetzung hat. Sodann handelt es ſich aber auch hier noch nicht davon, die Rechtspflege als ſolche darzuſtellen, was vielmehr erſt den dritten Theil der vorliegenden Entwicklung des Strafrechts auszumachen hat; ſondern es genügt, ſie als diejenige öffentliche Funktion aufgeführt zu haben, deren Beſtimmung es iſt, das Recht als die abſolute Norm des ſocialen Daſeins an den ſingulären Akten und Verhältniſſen der Individuen unaufhörlich, und zwar als deren eigenes Wohl, zu verwirklichen, namentlich alſo auch die Wiederherſtellung des Rechts aus der durch das Verbrechen geſetzten Negation in objektiv geſetzmäßigem Gange zu leiten. Das Recht hat ſich aber näher als geſetztes Recht, als daſeiendes und für das Bewußtſein ſeiendes Geſetz beſtimmt. Hiemit erſcheint das Verbrechen als geſetzwidrige Handlung.

II. Die geſetzwidrige Handlung.

§. 176.

Dem Rechte, als nothwendig poſitiv geſetztem, gegenüber beſtimmt ſich nun die rechtsverletzende Handlung näher als geſetzwidrige Handlung. Hiemit tritt ſie aber unter verſchiedene Geſichtspunkte, 1) als objektive Geſetzesübertretung, wornach ſie ihren verbrecheriſchen Charakter eben nur in Beziehung zu dem wirklich im Daſein und für das Bewußtſein geſetzten Rechte erhält, 2) als ſubjektiv geſetzwidrige Handlung, ſofern die Wirklichkeit der kriminaliſtiſchen Schuld nun gerade das für das allgemeine Bewußtſein geſetzte Daſein eines objektiven Pflichtenkreiſes als Gegenſtand ihrer Entgegenſetzung vorausſetzt. Indem aber

3) das Verbrechen hiemit als eine das im allgemeinen Bewußtſein geſetzte Recht verletzende Handlung erſcheint, iſt es zugleich in Beziehung auf den allgemeinen ſocialen Zuſtand geſetzt, und erweist ſich hiernach auch als **gefährliche Handlung**.

1) Die objektive Geſetzesübertretung.

§. 177.

Die Sittlichkeit in der Potenz des Rechts kann überhaupt nur in einem nach Art und Größe beſtimmten Daſein verletzt werden, weil ſie der objektiven Exiſtenz angehört. Es liegt aber darin noch das Weitere, daß dieſes quantitativ und qualitativ beſtimmte Recht auch ein durch Gewohnheit oder förmliches Geſetz für das allgemeine Bewußtſein ſeiendes Daſein haben muß. Ein Verbrechen muß daher immer die Uebertretung eines Geſetzes im wahren Sinne, d. h. die Uebertretung einer poſitiven Rechtsbeſtimmung ſeyn.

Anm. — In dieſem Sinne [1]) hat der Feuerbachiſche Grundſatz: Nulla poena sine lege ſeine vollkommene Anwendbarkeit. Es iſt aber klar, daß ihm dann eine völlig andere Bedeutung beigelegt werden muß, als er ſie bei dem Urheber der pſychologiſchen Zwangstheorie hatte [2]), der entſchieden genug ausſpricht, daß lediglich die Androhung eines Uebels durch das Geſetz den Begriff und die rechtliche Möglichkeit einer Strafe begründe. Nicht nur iſt hier ſtets ein förmliches, zum Zwecke der Abſchreckung gegebenes Geſetz, ſondern es iſt auch noch weiter vorausgeſetzt, daß die Strafbarkeit eben nur in dem Sich nicht abſchrecken laſſen beſtehe. Beides ver-

---

1) Vrgl. Marezoll Lehrb. S. 54—56. Luden Hdbch. I. S. 5. 6. 13. 14.

2) Feuerbach Lehrb. §. 20.

hält ſich aber nach unſrer Auffaſſung umgekehrt. Man ſieht hiebei, daß die ſpekulative Philoſophie der Wirklichkeit keineswegs den Krieg erklärt, vielmehr die Poſitivität des Rechts fordert, ja dieſelbe gegen die kritiſche Philoſophie in Schutz nimmt, welche zwar auch Geſetze im Strafrechte verlangte, aber eben nur neue, nach ihrem Sinn verfaßte, wogegen ſie das beſtehende Recht nur nothgedrungen, und in demſelben nur das durch förmliches Geſetz, nicht auch das durch Gewohnheit Gewordene reſpektirte. Freilich ſoll aber mit dem Obigen nicht geſagt ſeyn, daß es gleichgiltig ſei, ob bloße Strafgewohnheiten oder förmliche Strafgeſetze beſtehen. Im Gegentheil iſt es ſchon oben als eine heilige Pflicht des Staats bemerklich gemacht worden, förmliche Strafgeſetze zu erlaſſen und möglichſt allgemein bekannt zu machen. Hiedurch entſteht dann allerdings auch die Möglichkeit der abſchreckenden Wirkung der Strafgeſetze, welche Qualität als eine ſehr zweckmäßige anzuerkennen iſt; aber weder kann dieſer pſychologiſche Zwang als Grundlage des Strafrechts überhaupt, noch kann das Verbrechen dafür angeſehen werden, als wäre es erſt durch das geſetzliche Verbot eine ſtrafwürdige Handlung geworden [1]). Sehr richtig bemerkt Marezoll, ſchon die Natur bringe es beim Strafrechte mit ſich, daß ſeine poſitive Ausbildung vorzugsweiſe der eigentlichen Legislation anheimfallen müſſe, und daß nur, wo dieſe ihre Schuldigkeit nicht thue, mit Nothwendigkeit auch hier dem Gewohnheitsrechte wieder ein freierer Spielraum werde geſtattet werden müſſen, als er ihm eigentlich zukomme. Dieſe Bemerkung iſt vornämlich für das

---

1) Heffter Lehrb. §. 18–20. Luden, Hdbuch. I. S. 14. Roſſi III. S. 221 ff.

gemeine deutſche Strafrecht in den letzten Jahrhunderten praktiſch geweſen, und eben hieran knüpfen ſich die traurigen Kontroverſen über das Verhältniß zwiſchen Geſetz und Gewohnheitsrecht im deutſchen Strafrechte, welche eben deshalb auch nur hiſtoriſchen Werth haben [1]). Thatſache iſt, daß hier die legislative Gewalt „ihre Schuldigkeit Jahrhunderte lang nicht gethan,“ und daher an die Stelle der poſitiven Satzungen ein Gerichtsgebrauch ſich geſetzt hat, der im höchſten Maße derogatoriſch war. Hatte man bis um die Mitte des 18ten Jahrhunderts noch einigermaßen den Schein der Geſetzlichkeit gewahrt, ſo brachen ſeitdem vor der Macht der Nothwendigkeit alle Dämme, und das Recht des Lebens ward allmälig ein ganz neues, natürlich ſehr buntſcheckiges. Nun war es freilich eine ſchlimme Lage für die Kriminaliſten des 19ten Jahrhunderts, wenn ſie einerſeits die Thatſache anerkennen mußten und andrerſeits ſich ſcheuten, theoretiſch dem Gewohnheitsrecht die Macht einzuräumen, die es ſich praktiſch genommen hatte [2]). Während einerſeits Feuerbach die ungeheuren Aenderungen, welche die Praxis eingeführt hatte, nur (wie Staatsrevolutionen) als Thatſache, nicht als Recht anerkennen wollte, Martin ſie ſogar geradezu ganz ignorirte, ſo drehten und wanden ſich faſt alle Uebrigen, ſo gut es eben gieng, um das, was praktiſch nicht zu läugnen war, auch theoretiſch bald mehr, bald minder probabel zu machen. Man darf ſich jetzt

1) Vgl. darüber z. B. Feuerbach Lehrb. §. 5 Anm. mit Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 240 ff. Luden Hdbch. I. S. 134—140. Beſonders aber Wächter Gem. Recht in Deutſchland. S. 110 — 143.

2) Auch dies iſt übrigens geſchehen von Schröter Hdbch. I. §. 31. Stübel Krim.-Verfahren III. S. 146. Jordan Auslegung der Strafgeſetze. S. 107 — 109.

wohl geſtehen, daß der Zuſtand ein troſtloſer war, wie denn auch die betreffenden Beſtimmungen der Kriminaliſten [1]), welche ſich zwiſchen den Extremen halten wollten, bald vag, bald widerſprechend lauten. — Sieht man nun von dieſer hiſtoriſchen Fatalität ab und ſucht das Verhältniß zwiſchen Geſetz und Gewohnheitsrecht aus der Natur der Sache zu beſtimmen, ſo wird man zunächſt feſthalten müſſen, daß jedenfalls das Geſetz die reifere Form gegenüber der Gewohnheit iſt. Nur freilich ſetzt dieſer Satz voraus, daß das Geſetz auch wirklich ſeine Beſtimmung erfülle, der Ausdruck des wirklichen allgemeinen Wiſſens und Willens einer Nation zu ſeyn, eine Qualität, welche ihm durch die von dem modernen Staatsbewußtſein geforderte Repräſentativ-Verfaſſung am ſicherſten garantirt wird. Da nun ein Geſetz jedes Mal, wenn es in's Leben tritt, die Aufgabe hat, jenes allgemeine Wiſſen und Wollen unmittelbar auszuſprechen, ſo liegt es in der Natur der Sache, daß es ein derogirendes Gewohnheitsrecht gegen ſich nicht anerkennen kann, wenn es ſich nicht ſelbſt verdammen will. In einem wohlorganiſirten Staate kann die Frage nach der Berechtigung einer ſolchen derogatoriſchen Gewohnheit gar nicht entſtehen, weil es hier in der Vorausſetzung liegt, daß alle diejenigen Elemente, welche allein der Gewohnheit ihre rechtliche Kraft verleihen, ſchon auf dem Wege der Geſetzgebung ſelbſt ihre richtige Auffaſſung und rechtzeitige Erledigung finden. Daraus rechtfertigt es ſich denn auch, wenn unſre neuen Strafgeſetzbücher eine vom Geſetze abweichende Praxis verpönen. Andrerſeits aber iſt die Ungiltigkeit einer ſolchen derogirenden Praxis eben auch nur dadurch be-

1) Vgl. z. B. Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. Heffter §. 15. Marezoll §. 21. 40. Luden I. S. 106 vgl. S. 134 ff.

dingt, daß die Geſetzgebung wirklich „ihre Schuldigkeit thut," daher für den entgegengeſetzten Fall Puchta [1]) vollkommen Recht hat, wenn er der Praxis jenes Recht einräumt. Denn, obgleich das Gewohnheitsrecht als die minder vollkommene Erſcheinungsform des Rechts betrachtet werden muß, ſo wohnt ihm gleichwohl dieſelbe rechtliche Lebenskraft bei, wie dem förmlichen Geſetze. Das Eine, wie das Andere, hat den letzten Grund ſeiner Giltigkeit nur darin, daß es als Ausdruck der allgemeinen Rechtsüberzeugung auftritt. Sollte daher in der Zukunft das geſchriebene Recht wiederum in Widerſpruch mit der allgemeinen Rechtsüberzeugung kommen, ohne daß die Geſetzgebung ihrer Pflicht nachkäme, ſo würde ſich gegen daſſelbe ein neues Gewohnheitsrecht mit derſelben rechtlichen Nothwendigkeit geltend machen, wie dies gegenüber den Quellen des gemeinen deutſchen Strafrechts geſchehen iſt [2]). Auch wäre die Giltigkeit eines ſolchen neuen Gewohnheitsrechts keineswegs von einer ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Billigung des Geſetzgebers abhängig, welche Bedingung man hie und da aufſtellt [3]). Indeſſen hat auch noch außerdem, d. h. auch in dem Falle pflichtmäßiger Aufmerkſamkeit und Thätigkeit der Geſetzgebung die Praxis immer noch ihren, freilich beſchränkten, Werth. Denn nicht nur iſt es dem Begriff eines guten Geſetzes zuwider, auch nur für die Gegenwart den Richter vollkommen binden zu wollen, ſondern es geht auch noch weiterhin aus der Einſicht in die perennirende Perfektibilität des poſitiven Rechts [4]) die Nothwendigkeit für die Geſetzgebung her-

1) Gewohnheitsrecht II. S. 247. 248. 261. A. M. Mittermaier a. a. O.
2) S. Wächter a. a. O. S. 113—122.
3) S. Heffter §. 15. n. 5. §. 24. dagegen Luden a. a. O.
4) Hegel §. 216.

vor, bei der Praxis ſelbſt in die Schule zu gehen. Nur freilich wird in dieſem Sinne die Praxis in ein ſolches organiſches Verhältniß zur Geſetzgebung treten, daß ihr durch die letztere jedes Mal im entſcheidenden Augenblicke die Nothwendigkeit erſpart wird, ſich als ſelbſtändige Rechtsnorm geltend zu machen.

§. 178.

Daraus folgt, daß eine Handlung, welche vom Geſetze geſtattet iſt, kein Verbrechen ſeyn kann, ſollte ſie auch abgeſehen davon die Natur des Verbrechens zu haben ſcheinen. Hiernach liegt kein Verbrechen vor, wo die rechtsverletzende Handlung vom Geſetze entweder geduldet oder ſogar geboten, oder wo dem Gegenſtande derſelben durch das Geſetz diejenige Eigenſchaft entzogen iſt, vermöge welcher eben die fragliche Handlung den Charakter der Rechtsverletzung hätte.

Anm. — Dieſe Beſtimmung hat freilich in einem philoſophiſchen Syſteme des Strafrechts wenig Werth, während ſie im gemeinen deutſchen Strafrecht allerdings Bedeutung hat und noch größere hatte. Doch iſt auch hier das Meiſte, was ehemals zu erwähnen war, von der modernen Kultur abſorbirt worden. So denn mehrere Fälle der ſogenannten erlaubten Selbſthilfe [1]), desgleichen die Menge von Fällen ſtrafloſer Handlungen an Geächteten, Zigeunern und ſonſtigen Rechtloſen [2]). Was jetzt noch unter der betreffenden Kategorie zu erwähnen iſt, beſchränkt ſich auf Weniges. 1) Fälle, wo das Geſetz eine Handlung duldet, in welcher außerdem eine Rechtsverletzung liegen würde. Hier ſind von den vielen ſtrafloſen Tödtungen des älteren Rechts nur geringe Reſte übrig geblieben, die größtentheils noch dazu jetzt unter die Kategorie der Nothwehr zu ſtellen ſind, mithin

1) Wächter Lehrb. I. S. 93. 94.
2) Abegg Unterſuchungen. n. 2.

nichts Eigenthümliches mehr haben [1]). Im Grunde kann man nur noch die auch nach vollbrachter Entwendung gegen den fliehenden Dieb oder Räuber noch geſtattete Selbſthilfe und was dem ähnlich iſt, hieher zählen [2]), die denn übrigens auch ganz nach den von der Nothwehr geltenden Grundſätzen behandelt werden [3]). 2) Fälle, in welchen eine derartige Handlung vom Geſetze ſogar geboten iſt, näher, wo ſie entweder in einer Dienſtpflicht oder in einem geſetzlich vollkommen verbindlichen Befehle [4]) ihre Rechtfertigung findet. Im erſten Falle entſcheidet das konkrete Dienſtgeſetz, woraus eben die fragliche Berechtigung geſchöpft werden muß, die Frage wird beſonders wichtig bei Militärperſonen und untergeordneten Dienern der Obrigkeit, wie Zoll-, Forſt-, Jagdoffizianten, wo es ſich davon handelt, ob ſie von ihren Waffen Gebrauch machen dürfen, aber auch bei höheren öffentlichen Dienern, wo ſie, die Freiheit Andrer beſchränkende, geſetzlich verbindliche Befehle zu ertheilen haben [5]). Im zweiten Falle iſt, wie Luden [6]) treffend ſagt, vorausgeſetzt, daß der Befehl dem Gehorchenden als das im einzelnen Falle anzuwendende Geſetz ſelbſt erſcheinen muß, was nur in dem Subordinationsverhältniſſe des öffentlichen Dienſtes vorkommen kann, wo der Untergeordnete durch das Dienſtgeſetz verbunden iſt, den Befehlen ſeines Vorgeſetzten, den er als Organ des Geſetzes anzuſehen hat, Folge zu leiſten. Auch in

---

1) Abegg a. a. O. S. 89 ff. 123 ff. 223. ff. 333 ff.

2) Wächter Lehrb. I. §. 53.

3) Wirtemb. Strafgb. Art. 102. Hufnagel I. S. 222.

4) Wie Heffter §. 57. n. 6 dieſen unter die Gründe der Zurechnungsfähigkeit ſtellen kann, iſt unklar.

5) Luden Handb. I. S. 323. 324.

6) A. a. O. S. 311.

dieſer Sphäre erkannte das gemeine Recht noch andre Verhältniſſe an, in welchen ein vollkommen verbindlicher Befehl mit derſelben Wirkung vorkommen ſollte, insbeſondere die väterliche Gewalt und Dienſtherrſchaft. Allein die richtigere Meinung iſt wohl, daß ſchon das gemeine Recht hier nicht unter allen Umſtänden Strafloſigkeit des Gehorchenden annehme [1]). Jedenfalls haben neuere Geſetzgebungen dem modernen Rechtsbewußtſein gemäß den entgegengeſetzten Grundſatz entſchieden aufgeſtellt, wenn gleich der Befehl mit Recht wenigſtens unter die Strafmilderungsgründe geſtellt wird [2]). Aber auch im Subordinationsverhältniſſe des öffentlichen Dienſtes werden mit Recht noch weitere Bedingungen gefordert, nämlich: daß der Befehl von der kompetenten Behörde, welcher der Handelnde zum Gehorſam verpflichtet war, ausgegangen, daß er in der geſetzlich gültigen Form erlaſſen worden ſei, und daß er eine im Kreiſe der dienſtlichen Funktionen des Gehorchenden liegende Handlung betreffe [3]). Ja, noch außerdem wird mit Recht gefordert, daß der Subalterne, wenn er den widerrechtlichen Charakter des Befehls kenne und zum Remonſtriren noch Zeit habe, letzteres zu thun verpflichtet ſei [4]). Auch hier iſt alſo die Strafloſigkeit ſehr beſchränkter Natur [5]). — 3) Fälle, in welchen in Folge geſetzlicher Anordnung dem Gegenſtande der Handlung gerade diejenige Eigenſchaft mangelt, unter deren Vor-

---

1) Wächter Lehrb. I. §. 60. vgl. §. 68. not. 30. Luden I. S. 315.

2) Vrgl. Anm. zum baier. Gb. I. S. 305—307. Hufnagel III. S. 138.

3) Bair. Gb. Art. 122. Wirt. Gb. Art. 403. Hannövr. Gb. Art. 15. Braunſchw. Gb. Art. 251. Heſſ. Gb. Art. 40.

4) Breidenbach Komm. I. S. 553.

5) Abegg Unterſ. S. 90—106.

ausſetzung allein die Handlung den Charakter der Rechtsverletzung haben würde. Auch hier können weiter unterſchieden werden: Fälle, da gewiſſe Perſonen oder Klaſſen von Perſonen überhaupt geſetzlich als rechtlos zu betrachten, und Fälle, da einer Perſon nur beſtimmte Rechte auf geſetzlichem Wege abgeſprochen ſind. Was die erſten betrifft, ſo iſt es hier namentlich der Fall, daß der Fortſchritt der Civiliſation die Reihen gelichtet hat [1]). Indeſſen behauptet doch noch Feuerbach, daß an einem zum Tode Verurtheilten keine Tödtung begangen werden könne, daß ebenſowenig gegen einen eigenmächtig zurückkehrenden Verwieſenen ein Verbrechen, gegen einen für ehrlos Erklärten eine Injurie möglich ſei [2]). Abegg hat jedoch in der mehr angeführten Abhandlung [3]) zur Genüge nachgewieſen, daß dieſe Behauptungen weder philoſophiſch, noch poſitivrechtlich haltbar ſeien. Man wird vielmehr nur noch die erlaubte Tödtung eines Monſtrums hierherſtellen können, wo nicht auch dieſer Fall durch Partikularrecht [4]) aufgehoben iſt. Am eheſten würde noch der Zuſtand des Kriegs den Grundſatz ſtrafloſer Tödtung auch noch in modernen Rechtsverhältniſſen zu rechtfertigen ſcheinen. Indeſſen iſt auch hier das neuere Völkerrecht weit humaner, als das frühere, ſofern es dem Nichtmitſtreitenden gegen fremde Krieger und Unterthanen des feindlichen Staats nur ein (etwa den Umſtänden gemäß etwas erweitertes) Recht der Nothwehr, und ein Recht des Angriffs nur etwa bei einem erklärten Vernichtungs-

1) Abegg a. a. O. S. 78 ff. 293. ff. 362.

2) Lehrb. §. 34. 40.

3) Vrgl. Abegg im N. Arch. IX. S. 620 ff. Gesterding Ausbeute I. S. 369 ff. Roſſi II. S. 9.

4) S. z. B. Preuß. L. R. §. 718.

kriege geſtattet [1]). Eine andre Frage iſt dann wieder, ob nicht aus dem Kriegszuſtande für rechtsverletzende Handlungen gegen feindliche Soldaten wenigſtens ein Strafmilderungsgrund abzuleiten ſei? Gleichfalls nicht hierher gehört die Frage, ob rechtsverletzende Handlungen gegen fremde Staaten oder deren Unterthanen (falls die Handlung im Auslande verübt wird) als geſetzlich geſtattet zu betrachten ſeien [2])? Denn ihre Beantwortung ſetzt den Begriff des, allerdings nothwendig räumlich abgeſchloſſenen, Staats voraus, wovon erſt unten zu handeln iſt. Daß die Frage im Allgemeinen zu verneinen iſt, verſteht ſich zwar von ſelbſt, da das Recht überall irgendwie als Geſetz Daſein hat. Die Frage hat aber eben nur die Bedeutung, ob der eine Staat Handlungen ſtrafen dürfe, welche gegen einen andern gerichtet ſind? Was aber die Frage angeht [3]), wie es zu halten ſei, wenn die Wirkſamkeit einer geſetzlich beſtehenden Strafdrohung ſuspendirt erſcheint, z. B. in einem unter Feindesgewalt ſtehenden Lande, ſo liegt die Antwort im Grunde ſchon in der Frage ſelbſt; ſie iſt rechtlich leicht, aber faktiſch kann ſie allerdings von höchſter Bedenklichkeit ſeyn. — Was dagegen die Fälle betrifft, wo einer Perſon nur ein beſtimmtes Recht auf geſetzlichem Wege abgeſprochen iſt, ſo reduciren ſie ſich auf den Einen Fall der Abſprechung beſtimmter Ehrenrechte, z. B. des Adels, einer Würde u. dgl. [4]). —

1) Heffter §. 37. not. 2. Literatur bei Feuerbach §. 34. not. a. und Mittermaier not. 1. a. a. O.

2) Feuerbach §. 40. Heffter §. 35 not. 2.

3) Heffter §. 35. not. 3.

4) Henke I. S. 200. Heffter §. 37. not. 3.

Daß die gewöhnlich [1]) noch weiter hierher geſtellten Fälle der Nothwehr, des Nothſtands, der Verletzung ſeiner ſelbſt oder eines einwilligenden Dritten theils an ſich falſch beantwortet ſeien, theils wenigſtens nicht an dieſe Stelle gehören, hat ſich theilweiſe ſchon oben, und wird ſich noch ferner weiter unten ergeben.

2) Die ſubjektiv geſetzwidrige Handlung.

§. 179.

Wenn gleich (ſ. §. 158) das Verbrechen ſeine Natur nicht erſt dadurch erhält, daß es poſitiv als ſolches aufgeſtellt und mit Strafe bedroht wird, ſo gehört es doch andrerſeits auch weſentlich zur Erſcheinung des Verbrechens, daß ein Geſetz dadurch übertreten werde. So wenig nun aber der Uebertreter eines ſolchen Geſetzes das ſpecielle Geſetz gekannt haben muß, um verbrecheriſche Schuld auf ſich zu laden, ſo gewiß muß er doch auf diejenige Stufe der Bildung vorgerückt ſein, auf welcher das Bewußtſein entſteht, daß das objektiv Sittliche überhaupt in einem Kreiſe von objektiven Inſtitutionen und Geſetzen ſich fixirt habe, daß hiemit eine Entgegenſetzung dagegen nicht bloß einen beſchränkten ſubjektiven Pflichtenkreis, ſondern einen Kreis objektiver, d. h. nöthigenfalls mit Zwang zu realiſirender Verbindlichkeiten verletze. Dieſes Bewußtſein entſteht jedoch nicht ſogleich mit der erwachenden Zurechnungsfähigkeit überhaupt, welche vielmehr bei dem geſunden Menſchen längere Zeit ſchon vorhanden iſt, ehe ihm ſeine Stellung zu jener objektiven Welt des ſubſtantiellen Willens klar wird, da er vielmehr noch innerhalb der, nicht auf dem Princip des Rechts, ſondern auf dem moraliſchen ruhenden Welt der Familie

---

1) Auch von Abegg Lehrbuch S. 161 ff.

ſein ſittliches Centrum hat. Wenn alſo gleich der Menſch auch vor dem Eintritt jenes Bewußtſeins zurechnungsfähig iſt, ſo iſt er es doch nicht kriminaliſtiſch; er kann zwar Schuld, aber nicht verbrecheriſche Schuld auf ſich laden. Denn das geſetzte Recht kann nur von einem Willen verletzt werden, für welchen es als ſolches da iſt. Auch geſchieht es erſt auf dieſer Stufe der Entwicklung, daß das Subjekt die Möglichkeit wird, ſich gegen die in daſſelbe ſich kontinuirenden Reize der äußeren und ſeiner eigenen Natur frei zu erhalten [1]), und daher mit derjenigen Willkühr zu handeln, welche die Vorausſetzung der verbrecheriſchen Schuld bildet. Hieraus geht als praktiſches Reſultat hervor, daß von wirklichen Verbrechen, welche geſetzwidrige Handlungen und zwar, wenn gleich nicht gegen ein ſpeciell gekanntes Geſetz gerichtet, ſo doch im Allgemeinen mit dem Bewußtſein begangen ſein müſſen, daß die objektive Welt der Sittlichkeit als ein Kreis äußerer Geſetze und Inſtitutionen beſtehe, bei ſolchen Individuen nicht die Rede ſein kann, bei welchen ein ſolches Bewußtſein vermöge des natürlichen Entwickelungsgangs der erſt werdenden Intelligenz und Freiheit, oder vermöge einer krankhaften Entwicklung noch gar nicht eingetreten oder auch wieder verdunkelt worden iſt, alſo nicht bei Kindern vor einem gewiſſen Alter, bei Taubſtummen, bei von Natur Blödſinnigen, bei partiell Wahnſinnigen oder völlig Wahnſinnigen in ihren etwaigen lichten Zwiſchenräumen.

Anm. — „Die Schuld, dem Inhalte ihres Begriffs nach, iſt die Verbindlichkeit, der verletzten Pflicht Genugthuung zu leiſten. Der Begriff des Schuldig, noch abgeſehen von ihm als Prädikat einer Unthat, iſt mit dem des Sollens', welcher in dem Verhältniſſe der Pflicht zum ſubjektiven Willen als ſeines Weſens liegt, iden-

---

1) Wirth Ethik I. S. 121.

tiſch, und: Du biſt ſchuldig, dieſe Pflicht zu erfüllen, — heißt darum daſſelbe, wie: Du ſollſt ſie erfüllen" [1]). Hievon ſind es nur weitere Konſequenzen, wenn die Schuld und hiemit die Verbindlichkeit zur Genugthuung nur der freien Kauſalität des Subjekts zugeſchrieben wird; (ſoll nämlich die Wiederaufhebung des Unrechts eine Tilgung der Schuld ſeyn, ſo muß eben die innerſte Subjektivität Grund der Verletzung geweſen, letztere darf nicht durch eine unabhängig vom Subjekt auf daſſelbe einwirkende Macht der äußeren oder ſeiner eigenen inneren Natur hervorgebracht worden ſeyn;) — und wenn ferner insbeſondere als Vorausſetzung der kriminaliſtiſchen Schuld das entwickelte Bewußtſein des Subjekts über ſeine Stellung zu dem Kreiſe der objektiv ſittlichen Geſetze angegeben wird. (Denn die verbrecheriſche Schuld iſt eben nicht bloß die Verletzung einer Pflicht, ſondern die einer in objektiven Geſetzen fixirten Verbindlichkeit.) Soll daher ein Individuum wirklicher Verbrecher werden können, ſo muß es auf demjenigen Stadium der geiſtigen Entwicklung angekommen ſeyn, wo es ſich nicht mehr bloß als Mitglied einer relativen, auf das Princip der Moral gebauten, ſittlichen Einheit, wie der Familie, ſondern als beſonderen, perſönlichen Willen, als Atom im ſocialen Zuſtand weiß. Es muß ſich als freie Kauſalität den Geſetzen gegenüber wiſſen. Dies ſetzt aber voraus, daß das Individuum, das an ſich nur werdende Freiheit iſt, für ſich frei, geiſtig mündig geworden ſei. Damit trifft dann das andere Moment zuſammen, daß erſt auf dieſem Standpunkte zugleich dem Laufe der natürlichen Entwicklung gemäß überhaupt die volle Möglichkeit der freien, gegen innere und äußere Naturreize

---

1) Wirth a. a. O. I. S. 119.

unabhängigen Selbſtbeſtimmung eintritt. Daraus rechtfertigt es ſich denn, wenn der Anfangspunkt der kriminaliſtiſchen Zurechnungsfähigkeit von dem der Zurechnungsfähigkeit überhaupt unterſchieden und ſpäter angeſetzt wird, ein Geſichtspunkt, der in Folgendem noch nähere Beleuchtung erwartet. — Daß nun in der Regel der fragliche Geſichtspunkt nicht mit der gehörigen Schärfe aufgefaßt wird, obgleich man die Reſultate meiſtens richtig angegeben findet, wurde ſchon oben bemerkt (§. 84 und S. 187. 188). Bald ſagt man, die Kindheit gehöre unter die Zuſtände der Zurechnungsunfähigkeit überhaupt [1]; bald wird behauptet, die Kinder können nur nicht den Strafgeſetzen des Staats unterliegen, — entweder, weil ſie noch keinen Unterſchied zwiſchen Recht und Unrecht zu machen wiſſen [2], oder weil ſie unfähig ſeien, ſich eine Vorſtellung von der Handlung zu machen, insbeſondere ſich die Einwirkung vorzuſtellen, die mit derſelben auf die Außenwelt hervorgebracht wird [3]. Gegen Erſteres erklärt ſich Luden mit Recht, nur daß er ohne Grund auch Heffter und Marezoll als Vertheidiger jener Anſicht anführt; denn erſterer hebt ganz den richtigen Geſichtspunkt hervor, daß die juriſtiſche Zurechnungsfähigkeit nicht ohne eine gewiſſe Entwicklung der menſchlichen Individualität durch das Leben ſelbſt gedacht werden, daher auch nur erſt dann anfangen könne, wenn der Menſch zu einer ſolchen Reife gelangt ſei, wo er über die Summe ſeiner bürgerlichen Verpflichtungen nicht

1) Feuerbach, §. 90. Martin, §. 38. Abegg, S. 143. Wächter, I. S. 115.

2) S. die §. 84 not. 2 angef., und Marezoll, §. 27.

3) Luden, I. S. 276.

mehr im Unklaren ſeyn könne; Marezoll dagegen vertheidigt die zweite Anſicht. Hätte man aber zwiſchen dieſer und der von Luden ſelbſt aufgeſtellten zu wählen, ſo müßte man wohl ohne Weiteres die erſtere vorziehen. Allein auch dieſe geht zu weit, wenn ſie den Kindern überhaupt die Fähigkeit der Unterſcheidung zwiſchen Recht und Unrecht abſpricht, da unter dieſer Vorausſetzung auch keine korrektionelle Strafgerechtigkeit gegen ſie möglich wäre. Vielmehr iſt aber den Kindern nur die Fähigkeit, ſich zu geſetzwidrigem Unrecht zu beſtimmen, abzuſprechen, und nur dies will auch der römiſche Ausdruck doli capacitas beſagen [1]. Nun unterſcheidet zwar das römiſche Recht nur zwiſchen völliger Strafloſigkeit und voller Strafbarkeit, welche letztere es bei dem pubertati proximus eintreten läßt, ſobald er im konkreten Falle die individuelle Reife dazu zeigt [2]. Das kanoniſche Recht dagegen läßt die Jugend auch bei vorhandener doli capacitas noch als Strafmilderungsgrund gelten. Dabei liegt dem gemeinen Rechte der Gedanke zu Grunde, daß es auch weſentlich auf die Art des Verbrechens ankomme, ob rei intellectus bei dem jugendlichen Thäter angenommen werden könne, oder nicht [3]. Die Anſicht der Karolina iſt beſtritten. Doch ſcheint ſoviel gewiß, daß ſie auch die Unmündigkeit mit dem kanoniſchen Rechte in der Regel für einen Strafmilderungsgrund anſieht, dagegen mit dem römiſchen Rechte es auf die individuelle Reife im konkreten Falle ankommen läßt, ob nicht auch über einen pubertati proximus (nach Heffter [4]) ſogar über einen noch

1) Berner, a. a. O. S. 105.
2) Wächter, I. S. 116—118.
3) Roßhirt, Entwicklung. S. 193 ff.
4) §. 51. n. 2.

Jüngeren) die volle Strafe verhängt werden könne [1]. An dieſen Beſtimmungen iſt es nun ohne Zweifel ganz richtig, daß ſie auf die individuelle Reife geſehen wiſſen wollen, ebenſoſehr aber auch, daß kanoniſches und deutſches Recht nicht ſogleich volle Strafbarkeit der Unmündigen ſtatuiren. Was nun neueren Geſetzgebungen noch hinzuzuſetzen blieb, das war vornämlich ein Uebergang aus der Zeit, wo das Kind ganz der Familien- und Schulzucht anheim gegeben bleibt, in die Zeit, wo die volle kriminaliſtiſche Zurechnungsfähigkeit zu beginnen hat, ein Uebergang, wofür die bloße Anerkennung des jugendlichen Alters als eines Strafmilderungsgrundes, beſonders wenn man daneben den Grundſatz annimmt, daß Bosheit das Alter erfülle, einen nur dürftigen Erſatz gewährt. Gleichwohl iſt dieſes Syſtem nicht nur im Preußiſchen Landrecht [2] und im Oeſtreichiſchen Geſetzbuch, ſondern auch noch in ſpäteren Geſetzgebungen, z. B. der Bairiſchen und Sächſiſchen (welche letztere auch den Grundſatz: malitia supplet aetatem annimmt [3]) noch beibehalten. Dagegen enthält die franzöſiſche Geſetzgebung das richtige Moment, wenn ſie ſolche jugendlichen Uebertreter, bei welchen discernément anzunehmen iſt, in das Korrektionshaus verweiſt [4]), eine Beſtimmung, zu welcher das Wirtembergiſche Geſetzbuch [5]) eine An-

1) Grolman, Bibl. I. 1. S. 40 ff. Luden, I. S. 275. n. 2.

2) Vgl. auch ein Reſkript v. J. 1796, wornach, wenn Bosheit das Alter erfüllt, ſelbſt vor dem achten Jahre Kriminalſtrafe eintreten kann.

3) Darüber Herrmann, Beurtheilung, S. 122—126. Schüler, Beiträge, S. 49.

4) Code pénal. Art. 66.

5) Art. 95. 96. Hufnagel, I. S. 302. Auch das Braunſchw. G.B. läßt die Ergreifung polizeilicher Maßregeln und Beſſerungsmittel zu. Vgl. auch den Erhard'ſchen Entw. für Sachſen, Art. 53.

näherung enthält. Weniger paſſend erſcheint es, wenn das franzöſiſche Geſetz vor dem ſechszehnten Jahre es überall dem Richter überläßt, ob er bei dem Angeſchuldigten discernément annehmen zu können glaubt, oder nicht [1]), während die deutſchen Geſetzgebungen, durchgängig dem gemeinen Recht folgend, einen Zeitraum der infantia ausſcheiden, während deſſen lediglich (höchſtens unter Aufſicht des Staats [2]) die Disciplin der Familie und Schule eintreten ſoll. Dagegen iſt allerdings für den Zeitraum (etwa) zwiſchen dem zehnten und ſechszehnten Jahre das franzöſiſche Syſtem das beſſere, während die deutſchen Geſetzgebungen auch hier mit einer Präſumtion durchgreifen, gegen welche dann nur ausnahmsweiſe Strafloſigkeit, resp. ſtrengere Strafbarkeit angenommen werden ſoll [3]).

Der gleiche Grund, wie beim jugendlichen Alter, tritt auch über den normalen Zeitpunkt geiſtiger Reife hinaus ein, wenn vermöge krankhafter Entwicklung jener Zeitpunkt bei einer Perſon noch gar nicht eingetreten, oder zwar eingetreten, aber das damit geſetzte Bewußtſein wieder verdunkelt worden iſt. In die erſte Sphäre gehört insbeſondere der Zuſtand wild aufgewachſener, von der menſchlichen Geſellſchaft abgeſperrt geweſener, ferner blödſinniger Perſonen, denen nicht alle Zurechnungsfähigkeit abgeſprochen werden kann, endlich ſolcher Taubſtummen, die nicht völlig ununterrichtet geblieben ſind. Zwar will Berner [4]) nur die ununterrichteten Taub-

1) Hellie, II. S. 166.

2) Baier. G.B. Art. 98. 99.

3) Vgl. noch Mittermaier zu Feuerbach, §. 90. a. und die in den Noten a—b Angef. Ferner Hohbach, Beiträge Nr. 2. und beſonders Abegg in den fortgeſ. Hitzig'ſchen Annalen, II. S. 1—32.

4) A. a. O. S. 113. 114. Vgl. Mittermaier, a. a. O. not. m—o.

ſtummen bloß pädagogiſcher Züchtigung unterworfen wiſſen, während die Strafbarkeit unterrichteter keinem Zweifel unterliegen und ihr beklagenswerther Zuſtand nur als Milderungsgrund in Betracht kommen ſoll. Es dürfte aber richtiger ſeyn, alle Genannten von der peinlichen Strafe zu eximiren und der korrektiven Strafgerechtigkeit zu überweiſen, da bei ihnen von derjenigen geiſtigen Mündigkeit, welche der Staat, wenn er nicht im Widerſpruch mit den Anſprüchen der freien Perſönlichkeit pädagogiſche Elemente in ſich aufnehmen will, als Normalmaß für die kriminaliſtiſche Zurechnungsfähigkeit aufſtellen muß [1]), auch im beſten Falle doch nicht die Rede ſeyn kann. In die zweite Klaſſe dagegen wären insbeſondere partiell Verrückte, und Verrückte in etwaigen lichten Zwiſchenräumen zu ſtellen [2]).

3) Die gefährliche Handlung.

§. 180.

Das Verbrechen, als Verletzung des für das allgemeine Bewußtſein geſetzten Rechts, nimmt zugleich Beziehungen auf das Wiſſen und Wollen Andrer an. Denn, da dieſes Recht als das allgemeine Wohl und das Wohl jedes Einzelnen gedacht und erſtrebt wird, ſo erſcheinen ſich a) in Einem Mitgliede der Geſellſchaft Alle verletzt, und es erſcheint ſomit die Geſetzesübertretung zugleich als gefährliche Handlung, woraus ſich beſondere Geſichtspunkte für die Wiederaufhebung des Verbrechens ergeben. Dieſe Qualität der Handlung fällt aber b) hinweg, wo das Verbrechen an einem Einwilligenden oder vom Thäter an ſich ſelbſt begangen wird, da ein Unrecht, deſſen Zufügung den

---

1) Wirth, I. S. 121.
2) Vgl. Berner, 183.

formellen Willen des zu Verletzenden zur Vorausſetzung nimmt, eben hiedurch ſeine Beziehung auf andere Individuen abſchneidet, welche jenen formellen Willen nicht haben. Andrerſeits erweitert ſich aber c) eben vermöge ſeiner Beziehung auf den allgemeinen ſocialen Zuſtand der Begriff des Verbrechens über ſich ſelbſt hinaus zu dem des Polizeivergehens, welches zwar das Moment der Geſetzübertretung mit ihm gemein hat, dagegen keine Verletzung des Rechts als Rechts, vielmehr eben nur gefährliche Handlungen im e. S., d. h. ſolche, welche die reale Möglichkeit und konſtante Vermittlung des wirklichen Verbrechens bilden, zum Gegenſtande hat. Der Begriff der gefährlichen Handlung fixirt ſich hiemit für ſich eigenthümlich in dem der Polizeiübertretung, welche ſofort eine neben der Rechtspflege weiter beſtehende allgemeine Funktion, das Inſtitut der Polizei vorausſetzt, und hiemit auf den Begriff des ſocialen Organismus oder des Staats führt.

§. 181.

a) Inſofern das Recht (als Berechtigung der Individuen, wie als öffentliches Recht poſitiv geſetzt und im Bewußtſein aller Koexiſtirenden ſo geſetzt iſt, in dieſem ſeinem Daſein aber als das gemeinſame Wohl aller Einzelnen gewußt und gewollt wird, ſo erſcheint das Verbrechen nicht mehr bloß als die Verletzung einer vereinzelten Berechtigung, ſondern als die Verletzung aller ähnlichen Berechtigungen; das einzelne Recht erſcheint als ein allgemeines Gut, das nicht nur dem unmittelbar Verletzten, ſondern zugleich allen Uebrigen geſchmälert wird. Dies macht den Geſichtspunkt der Gefährlichkeit aus, der beim Verbrechen als geſetzwidriger Handlung eintritt. Es ſtellt ſich hiemit als ein nicht bloß iſolirtes, ſondern weitere Gefahren, theils von Seiten des beſtimmten Individuums, welches eben das Verbrechen begangen hat, theils von Seiten der Uebrigen,

welche daran ein böſes Beiſpiel nehmen können, drohender Akt, hiemit als ein Akt dar, der über ſeine Beſonderheit hinaus eine allgemeine Wirkung, die Erſchütterung der geſammten Rechtsordnung zur Folge haben kann, bei deſſen Wiederaufhebung daher auch nicht bloß auf ſeine Beſonderheit, ſondern eben auf jene ſeine allgemeine Bedeutung geſehen werden müſſe. Es entſteht hiemit für dieſe Wiederaufhebung die Forderung, daß ſie zur Sicherung Aller dienen und im Bewußtſein Aller die Macht des Rechts gegen das Unrechts wiederherſtellen ſolle. Uebrigens ergiebt dieſe Forderung kein feſtes Reſultat, ſofern einerſeits das Verbrechen in ſeiner gefährlichen Beziehung auf den ſocialen Zuſtand eine größere Wichtigkeit erhält, andrerſeits aber eben dieſe Wichtigkeit durch das Bewußtſein der Macht der die Geſellſchaft befeſtigenden Geſetze und Inſtitutionen wieder herabgeſetzt wird [1]).

Anm. — Dieſer Standpunkt iſt der gemeinſame aller ſogenannten relativen Theorieen von ihrer politiſchen Seite, welche mit ihrer moraliſchen (ſ. oben) nicht zu verwechſeln iſt. Daß nun eine relative Berechtigung derſelben, aber eben nur in der Bedeutung von Momenten, allerdings anzuerkennen ſei, iſt auch von Abegg [2]) wiederholt ausgeſprochen worden. Allein es kommt beſtimmter darauf an, dieſe Behauptung auch auszuführen, was durch einen Parallelismus der Strafrechtstheorieen mit den drei Stufen der Familie, der bürgerlichen Geſellſchaft und des Staats um ſoweniger ausreichend geleiſtet wird, als dieſe dialektiſche Reihe in der von Hegel ihr gegebenen Entwicklung überhaupt an weſentlichen Mängeln leidet. Hiernach iſt nämlich immer die Meinung, daß der zweite Standpunkt der bür-

---

1) Hegel §. 218.

2) Am ausführlichſten in ſeinen Strafrechtstheorieen.

gerlichen Geſellſchaft ein in ſich unwahrer, daher ganz in den der Staatsſubſtantialität aufzuhebender ſei, eine Tendenz, die bei Hegel durch ſeine geſchichtliche Stellung gegen den ſubjektiven Idealismus ſich ebenſo erklärt, wie ſeine ſonderbare Behandlung der Moral. Dieſelbe, gegen die Reflexionsphiloſophie ungerechte, Tendenz findet ſich denn auch in Abeggs Kritik ihrer Strafrechtstheorieen [1]), die nur verſtändige Reflexionen und Nützlichkeitstendenzen enthalten (d. h. alſo wohl alles ſpekulativen Moments entbehren), und nur innerhalb der, Staat und Sitte verläugnenden, Theorie der auf Vertrag gegründeten bürgerlichen Geſellſchaft ſollen Geltung anſprechen dürfen.

Allein, daß das Verbrechen eine gefährliche Handlung ſei, iſt ein Geſichtspunkt, der nicht etwa bloß bei dem Uebergange aus der Familie in den Staat eintritt, auf dem wahrhaften Standpunkte des Staats aber verſchwinden oder auf die beſondere Klaſſe der ſogenannten gefährlichen Verbrechen ſich beſchränken laſſen müßte. Vielmehr bleibt die Gefährlichkeit eine weſentliche Qualität des Verbrechens überhaupt auch auf dem Boden des wirklichen Staats. Denn —, ſowie dies auch Abegg [1]) ganz richtig ſchildert, — ſobald das Recht ſich als Daſein im allgemeinen Bewußtſein geſetzt hat (als Geſetz im w. S., geſchriebenes oder ungeſchriebenes), ſo wird nicht etwa nur an gewiſſen Arten und Klaſſen von Verbrechen die Gemeinſchädlichkeit derſelben als vergrößerndes Moment hervorgehoben, nicht bloß bei dem einzelnen Verbrechen beſonders auch noch dies erwogen, ob nicht darin noch eine ſpecielle Gefahr für Andere oder für Alle liege, — ſondern „es kommt

1) A. a. O. S. 48—50. 55—73.
2) A. a. O. S. 40—42.

noch ein andrer Geſichtspunkt hinzu: nicht dieſes oder jenes Verbrechen bloß iſt ein größeres nach ſeinen möglichen gefährlicheren Folgen, ſondern das Verbrechen überhaupt, die Störung des gemeinen Friedens und der gegenſeitig gewährten Sicherheit iſt eine gefährliche Handlung, und dieſe Gefahr, verſchieden von der zuvor gedachten, iſt nicht bloße Möglichkeit, Befürchtung, ſie iſt wirklich, und darum auch ein Unrecht von Seiten deſſen, der ſie herbeiführt, dem die Geſellſchaft entgegenzuwirken hat." Dieſer Geſichtspunkt aber, ſowie die von Abegg ganz richtig damit in Verbindung gebrachte Nothwendigkeit der Polizeiſtrafgerechtigkeit, iſt kein bloß tranſitoriſcher, den eine auf das Gerechtigkeitsprincip gebaute Geſetzgebung entbehren könnte, oder etwa nur bei den gemeinſchädlichen Verbrechen zur Anwendung zu bringen hätte. Abegg ſcheint hier in der That den §. 118 bei Hegel nicht ganz richtig aufgefaßt zu haben, obgleich er auch dem andern, darin enthaltenen, Momente (daß nämlich die ihrer ſelbſt ſicher gewordene Macht der Geſellſchaft die äußerliche Wichtigkeit der Verletzung herunterſetze und daher eine größere Milde in der Ahndung des Verbrechens herbeiführe) ſeine — freilich gleichfalls untergeordnete — Stellung anzuweiſen ſucht [1]). Denn es handelt ſich nicht etwa davon, beide entgegenſetzten Rückſichten neben einander unterzubringen, wie bei Abegg geſchieht, ſondern der Geſichtspunkt der Gefährlichkeit iſt es, aus welchem je nach der Verſchiedenheit der Kulturſtufen das eine Mal die Tendenz der Abſchreckung ꝛc., das andere Mal die der Milde hervorgeht, ſo daß alſo an die Geſetzgebung die Forderung zu machen iſt, die letztere Tendenz immer mehr als die überwiegende geltend zu machen, keines-

1) Abegg a. a. O. S. 48.

wegs aber etwa aus Gerechtigkeitsſinn gegen die verſchiedenen Strafrechtstheorieen auch die Abſchreckungstendenz immer noch im Schlepptau mitzuführen. „Iſt die Geſellſchaft noch an ſich wankend, dann müſſen durch Strafen Exempel ſtatuirt werden; denn die Strafe iſt ſelbſt ein Exempel gegen das Exempel des Verbrechens. In der Geſellſchaft aber, die in ſich feſt iſt, iſt das Geſetztſein des Verbrechens ſo ſchwach, daß hiernach auch die Aufhebung dieſes Geſetztſeins zu meſſen ſeyn muß. Harte Strafen ſind alſo an und für ſich nichts Ungerechtes, ſondern ſtehen im Verhältniß mit dem Zuſtande der Zeit; ein Kriminalkodex kann nicht für alle Zeiten gelten, und Verbrechen ſind Scheinexiſtenzen, die eine größere oder geringere Abweiſung nach ſich ziehen können" [1]. — Als gefährliche Handlung erſcheint das Verbrechen überhaupt in ſeiner Beziehung auf den ſocialen Zuſtand, der das durch objektive Inſtitutionen und Geſetze Befeſtigte iſt, worin jeder Einzelne ſein Wohl und Alle zuſammen ihr gemeinſames Wohl erkennen. Hieraus ergiebt ſich dann von ſelbſt, daß, wenn der geſellſchaftliche Zuſtand noch nicht vollkommen feſt iſt, das Verbrechen überall wichtiger und eine ſtrenge Reaktion dagegen nothwendig erſcheint, daß aber ſofort dieſer Geſichtspunkt immer mehr verſchwinden und der Milde weichen muß, je ſicherer die Macht der Geſellſchaft in ſich ſelbſt wird. Dieſe einfache Wahrheit wird durch die Geſchichte des gemeinen Strafrechts hinlänglich beſtätigt. Sehen wir das römiſche an, ſo tritt uns das republikaniſche mit der ganzen ſittlichen Auſterität der Fichtiſchen Anſicht entgegen. Während die älteſten Quellen noch mehrfache Spuren der materiellen Wiedervergeltung enthalten, ſo ſpaltet ſich das Strafrecht ſofort in öffent-

1) Hegel §. 218. Zuſ. a. E.

liches Strafrecht und Privatpönalweſen. Letzteres bleibt auf dem Uebergangsſtandpunkt der Privatgenugthuung beharren (berechtigt durch das innerſte Weſen der antiken Staatsanſchauung); erſtres dagegen hält die Alternative feſt, die Fichte's Theſis und Antitheſis ausdrücken; Rechtloſigkeit (bürgerlicher Tod) oder Abbüßung. Die Kaiſerzeit ſofort huldigt dem Syſteme der Abſchreckung und Prävention in allen ſeinen Variationen [1]), und erſt der Staat in ſeiner Altersſchwäche nimmt endlich, ohne Zweifel durch religiöſen Einfluß geleitet, auch den Geſichtspunkt der Beſſerung auf, der aber freilich da nur ein oberflächlich aufgeklebter bleibt, und das aus dem Abſchreckungsprincip herausgearbeitete Rechtsſyſtem nicht mehr zu durchdringen und umzugeſtalten vermag [2]). Auch in der Geſchichte des germaniſchen Strafrechts ſehen wir von der Zeit an, wo überhaupt endlich das Staatsbewußtſein (in Deutſchland in Form der Landeshoheit) ſich kräftiger geltend zu machen anfieng, dieſelbe Aufeinanderfolge der Tendenzen eintreten, nur mit dem Unterſchiede, daß die zweite nicht erſt von dem altersſchwachen Staate aufgenommen wird, ſondern von ihm in ſeiner Manneskraft, nachdem ſie ihm ſchon frühe durch das Recht der chriſtlichen Kirche als Ideal vorgehalten worden war. Sehen wir insbeſondere auf das eigentliche Deutſchland, ſo finden wir um die Zeit, wo aus der Anarchie des Fauſtrechts endlich der moderne Staat aufzutauchen anfängt, gerade an denjenigen Stellen, wo dieſes Streben ſich am eifrigſten und glücklichſten zeigt (beſonders in den, überhaupt als Vorkämpfern erſcheinenden, Städten), das Strafrecht

1) A. M. iſt Abegg a. a. O. S. 78. ff. ſ. aber auch Luden I. S. 82.

2) Vgl. auch Rein Kriminalrecht der Römer. S. 77—88.

ganz entſchieden in der Tendenz der Sicherung des noch ſchwankenden geſellſchaftlichen Zuſtands, der Drohung, Abſchreckung, der Selbſtvertheidigung und Nothwehr ſich entwickeln, eine Richtung, die auch in der Karolina noch ſehr erſichtlich und durch die Hinweiſung auf das römiſche Recht von ihr noch weiterhin anerkannt iſt, wie ſie denn auch mit der Verfolgung des abſtrakten Inquiſitionsprincips im Strafproceſſe genau zuſammenhängt. Allerdings iſt nun der germaniſche Staat dazu berufen, das allein wahre Princip im Strafrechte, das der gerechten Wiedervergeltung, zu realiſiren. Es iſt deshalb ganz in der Ordnung, daß ſich dieſe Idee ſchon in früheren Rechtsquellen, insbeſondere auch in der Karolina, angedeutet und theilweiſe auch ausgeführt findet. Allein es heißt doch den bisher aufgetretenen Geſetzgebungen zu viel Ehre erweiſen, wenn Abegg ſich bemüht, auch ihnen ſchon ſammt und ſonders das Princip der Gerechtigkeit zu vindiciren. Die Unwahrheit dieſer Behauptung, die freilich erſt in einer Darſtellung der Geſchichte des Strafrechts näher aufgewieſen werden kann, macht ſich wohl ſchon dadurch bemerklich, daß gerade diejenigen Geſtaltungen der germaniſchen Staatsidee, welche in der Entwicklung derſelben am weiteſten voran ſind (der engliſche, franzöſiſche und nordamerikaniſche Staat) [1]), jetzt eben erſt auf dem Standpunkte begriffen ſind, wo die Tendenz der Beſſerung entſchieden die der Abſchreckung zu verdrängen beginnt, ſowie daß eben noch im 19ten Jahrhundert die deutſche Wiſſenſchaft in der Ausbildung der Präventions- und

1) Abegg a. a. O. S. 25. meint freilich, die deutſche Staatsſitte ſei über das Rechtsbewußtſein der gedachten Staaten längſt hinaus. Allein leider kann dies nur von der deutſchen Wiſſenſchaft, keineswegs von der deutſchen Staatsſitte geſagt werden.

Abſchreckungstheorie ihre bis jetzt glänzendſten Triumphe, von denen namentlich auch noch die neueſten Strafgeſetzgebungen zeugen, gefeiert hat. Vielmehr darf zwar allerdings als der Kern des germaniſchen Rechtsbewußtſeins in Beziehung auf das Strafrecht die Idee der gerechten Wiedervergeltung angenommen, aber es muß auch zugeſtanden werden, daß dieſer Kern noch mancher Entwicklungen bedarf, und daß das poſitive Recht (wie es namentlich auch in den Anſichten der praktiſchen Geſchäftsmänner ſich ſpiegelt) in dieſem Gebiete noch um ein Ziemliches hinter der Wiſſenſchaft zurück ſteht. Macht man ſich keine optimiſtiſchen Vorſtellungen über den deutſchen Staat, bedenkt man, daß er, um voller Ausdruck ſeiner Idee zu werden, noch mehr als Ein Stadium zu durchlaufen hat, wovon er überdies mehrfach mit aller Kraft zurückgehalten wird, ſieht man, daß bei der Mehrzahl der Gebildeten noch die ganz den relativen Strafrechtstheorieen analoge ſubjektiv-idealiſtiſche Anſicht vom Staate herrſcht, blickt man weiterhin auf den Strafproceß hinüber, in welchem Deutſchland größtentheils faſt noch die Anfänge derjenigen Entwicklungen entbehrt, welche vor Allem nöthig ſind, wenn das Strafrecht des Staats als eine im Bewußtſein der Bürger ſich reflektirende, lebendige Macht thätig werden ſoll, — dann wird man es auch ganz natürlich finden, daß ſelbſt die neuſten Geſetzgebungen noch weit davon entfernt ſind, dem Principe der Gerechtigkeit zu huldigen, vielmehr ſich durchaus noch auf dem Meere der relativen Theorieen herumtreiben und damit als Produkte eines Uebergangszeitpunkts darſtellen, deſſen Zeichen nicht an ihnen allein offenbar werden.

§. 182.

b) Die Beziehung des Verbrechens auf das geſellſchaftliche

Wohl, als gefährlicher Handlung, fällt nun aber überall hinweg, wo der Thäter die Verletzung *ſich ſelbſt oder einem Einwilligenden* zufügt. Indeſſen bezieht ſich dies natürlich zunächſt nur auf die Verletzung ſolcher Rechte, welche Beſtimmungen an der Perſönlichkeit ausmachen. Bei dieſer iſt aber wieder eine weſentliche Unterſcheidung zu machen: nämlich zwiſchen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten. Letztere ſind weſentliche Beſtimmungen der Perſönlichkeit, auf welche ſie gar nicht verzichten kann, weil ein ſolcher Verzicht immer nur ihren beſondern Willen zur Quelle hätte, vor ihrem ſubſtantiellen Willen aber niemals ſich rechtfertigen könnte. Dagegen gehört zu jenen das nicht mit dem Seyn des Subjekts ſelbſt Identiſche, ſondern ihm Aeußerliche, das Eigenthum, aus welchem ſich zurückziehen zu können, ſelbſt eine weſentliche Beſtimmung des perſönlichen Willens iſt. Ja, wenn man bedenkt, daß auf das Recht des Eigenthums an ſich, die Eigenthumsfähigkeit überhaupt gleichfalls Niemand vernünftiger und giltiger Weiſe verzichten kann, weil auch dies zu den ſubſtantiellen Beſtimmungen der Perſönlichkeit gehört, ſo muß jener Unterſchied zwiſchen unveräußerlichen und veräußerlichen Rechten ſelbſt für einen bloß ſcheinbaren erklärt und vielmehr geſagt werden, daß überhaupt kein Recht, ſondern nur die Beziehung des Rechts auf Sachen veräußerlich ſei. Jedenfalls aber iſt klar, daß eine Handlung, welche ein ſolches Objekt zum Gegenſtand hat, niemals als rechtsverletzend gelten kann, ſobald der Schaden Leidende eingewilligt hat, da in dieſer Einwilligung eben ein zuläſſiger, weil keine weſentliche Beſtimmung der Perſönlichkeit treffender, Verzicht liegt. Ebenſo iſt noch klar, daß dahin nur Handlungen gegen die Vermögensrechte gehören können, daher denn allerdings ein Verbrechen wider das Eigenthum von Niemanden an ſich ſelbſt oder an einem Einwilligenden begangen werden kann. Anders verhält es

ſich dagegen mit denjenigen Rechten, deren Gegenſtand mit dem Seyn des Subjekts identiſch iſt, wie das Leben, oder eine weſentliche Beſtimmung der Perſönlichkeit ausmacht, wie Freiheit, Ehre, geiſt-leibliche Integrität. Dieſe ſind, wie geſagt, unverzichtbar, daher eine gegen dieſe Rechte als ſolche gerichtete Handlung ein Verbrechen bleibt, auch wenn ſie der Thäter an ſich ſelbſt oder einem Dritten begeht. Gleichwohl iſt nun eine ſolche Handlung wenigſtens keine gefährliche, weil ſie, obgleich den ſubſtantiellen Willen, doch nicht zugleich den aktuellen Willen der Perſon verletzt, mithin für keinen bedrohlich erſcheint, der ſelbſt nicht im Widerſpruch ſeines aktuellen Willens mit ſeinem ſubſtantiellen ſich befindet. Wenn gleich daher eine derartige Handlung Verbrechen (Uebertretung des, über die Willkühr erhabenen, objektiven Geſetzes) bleibt, ſo iſt ſie doch ein geringeres, als eine ſolche, welche den ſubſtantiellen und den aktuellen Willen der Perſon zugleich verletzt. — Immer aber verſteht ſich von ſelbſt, daß, wenn die Einwilligung des Verletzten die eine oder die andere Wirkung haben ſoll, dieſelbe auch von einem eines wahren Willens Fähigen ausgegangen und ernſtlich gemeint geweſen ſeyn muß.

Anm. — Die Fragen, ob Jemand an ſich ſelbſt, und ob man an einem Einwilligenden ein Verbrechen begehen könne, gehören nothwendig zuſammen [1]), und man kann nicht beide nach verſchiedenen Principien beantworten, ohne ſich eines auffallenden Widerſpruchs im Denken ſchuldig zu machen, obgleich dies hie und da ſchon geſchehen iſt. — Was nun zunächſt den berühmten Grundſatz: Volenti non fit injuria betrifft, ſo giebt es zwar auch hier ſolche, welche an der Möglichkeit einer philoſophiſchen Entſcheidung der auftauchenden Rechtsfragen

1) S. auch Wächter I. S. 104.

verzweifeln [1]. Allein theils ſind einzelne Momente der richtigen Entſcheidung vorlängſt von der Wiſſenſchaft beigebracht worden, theils darf man den neueren Geſetzgebungen zum Ruhme nachſagen, daß ſie dieſe im Ganzen richtig getroffen haben, und es hat daher die Doktrin hier weniger, als anderswo, nöthig, ſich ſelbſt ein testimonium paupertatis auszuſtellen. Von jeher nämlich hat man zwiſchen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten unterſchieden, womit man allerdings der Wahrheit ſehr nahe kam; und der Fehler lag nur darin, daß man ſich theils über den wahren Sinn dieſes Unterſchieds nicht klar war, theils keine Berechtigung zu deſſen Aufſtellung hatte. Als allgemein von jeher zugegeben darf angeſehen werden, daß der Grundſatz überall nur auf Verletzungen ſolcher Rechte, welche Beſtimmungen an der Perſönlichkeit ausmachen, ſich beziehe [2], wobei denn von den theilweiſe unrichtigen oder vagen Gründen abgeſehen werden kann, aus welchen bei den übrigen (Geſetzes- oder Polizei- ꝛc.) Verbrechen der Grundſatz ausgeſchloſſen wird. Bleibt man nun aber bei jenen Verbrechen ſtehen, ſo ſind nach der Grunddifferenz in der Anſicht über die Natur des Rechts zwei extreme Anſichten über die Frage möglich, nämlich entweder: daß alle Rechte der Perſönlichkeit verzichtbar ſeien, oder: daß dies von keinem derſelben zugegeben werden dürfe. Den erſten Standpunkt ſollten konſequenter Weiſe alle Anhänger des ſubjektiven Idealismus behaupten, wie dies denn auch Stübel [3]) mit bekanntem Scharfſinne thut. Denn nach dieſer Grundanſicht liegt

1) N. Arch. XI. S. 65 ff. 239 ff.

2) Luden Handb. I. S. 316. not. 2.

3) N. Arch. IX. S. 551 ff. ſ. auch Wächter a. a. O. Feuerbach erſte Ausg. §. 40.

es, wie Luden treffend ſagt, in dem Begriffe jedes Rechts, daß man die Befugniß hat, daſſelbe zu derelinquiren [1]. Gleichwohl werden die meiſten Anhänger jener Grundanſicht ihrem Standpunkte ungetreu, und behaupten (freilich in der Sache richtig), daß die Einwilligung nur bei denjenigen Rechten, über welche dem Privatwillen gültige Verfügungsbefugniß zuſtehe, die Wirkung habe, die Handlung ſtraflos zu machen [2]. Den zweiten Standpunkt dagegen ſollten konſequente Anhänger des objektiven Idealismus feſthalten, während freilich auch dieſe, wie Abegg, Henke, und, wenn man ſie auf dieſe Seite ſtellen darf, Heffter, Marezoll, Luden, andrer Meinung ſind [3] und mit der eben gedachten Unterſcheidung von veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten zuſammenſtimmen (Henke geht ſogar geradezu auf das andre Extrem hinüber). — Der Fehler beſteht nur darin, daß, wie geſagt, dieſe Unterſcheidung in der Regel weder aus tieferem Grunde gerechtfertigt, noch richtig vollzogen iſt. So ſtellt z. B. Luden in dieſer Frage den ſubjektiv idealiſtiſchen Grundſatz, daß alle Rechte der Perſönlichkeit verzichtbar ſeien, voran, und ſetzt dann Alles in die Diſtinktion, daß nur einige davon an Andre übertragbar ſeien (die Vermögensrechte), andre aber nicht (Rechte auf Leben, Freiheit, Geſundheit, Ehre). Allein, daß damit nichts geſagt iſt, leuchtet ein. Denn es fragt ſich nicht, ob der Thäter durch Uebertragung eine ſpecielle Berechtigung erhalten zu haben nachweiſen müſſe, ſondern nur ob er etwas Erlaubtes oder Uner-

1) Handb. I. S. 321. Not. 13.

2) Feuerbach LB. §. 35.

3) Abegg Unterſ. S. 62—72. Henke I. §. 38. Heffter §. 38. Marezoll §. 23. Luden a. a. O. In ſeinen Abh. II. S. 424 war Luden der entgegengeſetzten Anſicht.

laubtes thue, ob ihm ein Recht entgegenſtehe oder nicht. Sobald man nun aber annimmt, daß die Perſon auf alle jene Rechte verzichten könne, ſo iſt es rein unmöglich, nach einem ſolchen (nicht wieder zurückgenommenen [1]) Verzichte noch von einer Verletzung dieſer Rechte zu ſprechen. Eben ſo wenig will es heißen, wenn einerſeits jener ſubjektiv idealiſtiſche Grundſatz anerkannt und nun doch wieder andrerſeits ein Unterſchied gemacht wird, je nachdem die Nichteinwilligung des Verletzten (das Merkmal: invito laeso) zum Thatbeſtand eines Verbrechens gehöre oder nicht, ſo daß nur im erſten Fall die Einwilligung den Thatbeſtand ausſchließe, im andern nicht [2]), — eine Anſicht, die dadurch noch widerſpruchsvoller wird, daß ſie neben jene erſte, dem ſubjektiven Idealismus entlehnte, Behauptung die damit ſchlechthin unvereinbare ſtellt, daß im Strafrechte der Grundſatz: volenti ꝛc. gar keine Bedeutung habe. Geht man einmal von dem Grundſatze aus, daß das Recht nichts Subſtantielles, vielmehr der Dispoſition der Perſon unterworfen ſei, ſo kann man nur in der Entſcheidung Konſequenz finden, die früher Feuerbach vertheidigte, und jetzt noch Stübel, Wächter ꝛc. feſthalten; freilich ſind dieſe dann genöthigt, die für rechtlich erlaubt erklärten Handlungen hinterher doch wieder ex capite der Polizei, der öffentlichen Moral u. dgl. zu verdammen und zu geſetzlicher Verpönung zu empfehlen, — eine Konzeſſion, die nur Henke nicht macht (nach ihm ſollen derlei Handlungen nur dann ſtrafwürdig werden, wenn ſie eine unmittelbare Gefahr für Andre oder eine Verletzung allgemeiner Bürgerpflichten involviren). —

---

1) Stübel N. Arch. IX. S. 560 ff.

2) N. Arch. XI. a. a. O.; ſ. dagegen auch Heffter §. 38. not. 2.

Was den entgegengeſetzten, objektiv idealiſtiſchen Standpunkt betrifft, ſo ſcheint es, wie ſchon geſagt, unrichtig, wenn auch Abegg der herkömmlichen Unterſcheidung zwiſchen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten ſich anſchließt. Denn, geht man von der Subſtantialität des Rechts aus, ſo muß man ſo argumentiren, wie im Paragraphen geſchieht, d. h. daß auf das Recht überall nicht verzichtet werden kann, ſondern nur auf deſſen Beziehung auf beſtimmte Sachen. Daraus folgt denn allerdings, daß ein ſolcher Verzicht nur im Kreiſe des Vermögensrechts möglich iſt. Es liegt dann, wie Luden ganz richtig angiebt, in einem ſolchen Verzicht keineswegs eine Verzichtleiſtung auf die Strafe oder eine Auktoriſation zur Uebertretung des Strafgeſetzes; aber es liegt darin auch nicht eine poſitive Uebertragung des Rechts, wie Luden im Texte ſagt, ſondern die Einwilligung bewirkt nur, wie er in der Anm. angiebt, daß die Handlung nicht unrechtlich iſt und nicht mehr unter das Strafgeſetz ſubſumirt werden kann. Dagegen ſind nun Leben, Geſundheit, Freiheit und Ehre ſolche Beſtimmungen der Perſönlichkeit, welche von ihr gar nicht entäußert werden können, welche ſubſtantielle Beſtimmungen an ihr bleiben, auch wenn der aktuelle Wille der Perſon ſie preisgiebt. Dieſe bleiben daher ſtets undurchdringlich für den Willen eines Dritten, und ihre Verletzung bleibt immer eine Verletzung des darin immanenten ſubſtantiellen Willens, trotz der Zuſtimmung des unvernünftigen Erſcheinungswillens. Dies iſt nun freilich nicht ſo zu verſtehen, daß etwa auch ein geſtatteter Kuß für eine Injurie, oder die Entführung einer einwilligenden familienunabhängigen Perſon für ein Verbrechen gelten müßte [1]). Allein durch dieſe Einräu-

1) Luden a. a. O. S. 317. not. 5. Das Beiſpiel vom stuprum

mung wird dem Principe nichts abgebrochen. Denn in den fraglichen Einwilligungen liegt ja keineswegs eine Preisgebung der Ehre oder der Freiheit als weſentlicher Beſtimmung der Perſönlichkeit, — wie dies dann der Fall wäre, wenn der Eine dem Andern geſtattete, ihn als Sklaven zu behandeln oder als infam zu traktiren, — ſondern jene Einräumungen benehmen ja der Handlung des Dritten gerade das Moment, vermöge deſſen allein ſie als Angriffe auf ſeine Ehre oder Freiheit erſcheinen könnten. Der obige Grundſatz iſt daher noch näher ſo zu beſtimmen, daß jene ſubſtantiellen Elemente der Perſönlichkeit nur als ſolche unveräußerlich ſind. Dagegen iſt es eine nicht nur formell, ſondern auch materiell unwahre Behauptung, wenn Luden auch die Beihilfe zum Selbſtmord für erlaubt erklärt [1]; denn der angegebene Grund, daß die Haupthandlung erlaubt ſei, widerſpricht ſeiner eigenen Ausführung über den Grundſatz: volenti ꝛc., da für die Entſcheidung beider Fragen nothwendig daſſelbe Princip zur Anwendung kommen muß. Wenn nun aber Verbrechen gegen Leben, Geſundheit, Freiheit und Ehre auch bei Zuſtimmung des Verletzten immerhin Verbrechen bleiben, ſo entſteht nun gleichwohl noch die andre Frage, ob nicht durch dieſe Zuſtimmung das Verbrechen wenigſtens auf eine niedrigere Stufe herabſinke? Und dieſe Frage muß allerdings mit Luden bejaht werden [2]. Nur iſt es wieder

---

paßt gar nicht hieher, weil dieſes Delikt gar nicht zu den Vergehen gegen die Perſönlichkeit gehört.

1) Mit Recht dagegen erklärt er ſich gegen Stübel und Mittermaier, welche hiemit die Tödtung eines Einwilligenden verwechſeln.

2) Vgl. Mittermaier Not. zu Feuerbach §. 35. Roſſi II. S. 138. 139.

willkührlich, wenn er dieſe Bejahung bloß bei der Tödtung gelten laſſen will, da doch offenbar vor dem rechtlichen Forum auf die Moralität des Beweggrunds gar nichts ankommen, vielmehr nur der im Paragraphen angegebene Grund entſcheiden kann, daß eine Verletzung des ſubſtantiellen und aktuellen Willens zuſammen nothwendig größer ſeyn muß, als eine Verletzung nur des einen von beiden, bei welcher das Moment der Gefährlichkeit hinwegfällt.

Sollte nun auch, was hier nicht näher zu erörtern iſt, das gemeine deutſche Recht wirklich entgegengeſetzte Grundſätze befolgt haben [1]), ſo haben doch die neuen Geſetzgebungen ganz den richtigen Weg eingeſchlagen, wie denn der Hauptſatz, daß Einwilligung das Verbrechen nur ausnahmsweiſe tilge, im bair. GB. Art. 123 ausdrücklich ausgeſprochen iſt [2]), während dagegen der andre der ausgeführten Sätze, daß dadurch das Verbrechen ein geringeres werde, zwar nicht im bair. GB., wohl aber im preuß. LR. II. 20. §. 834, im ſächſ. GB. Art. 125, im wirtemb. Art. 239 (vgl. Art. 254. 274. 278. 279), im großh. heſſiſchen, Art. 257, und im braunſchweigiſchen, Art. 147, ſich anerkannt findet [3]).

§. 183.

c) Dagegen fixirt ſich der Begriff der gefährlichen Handlung für ſich eigenthümlich in der Polizeiübertretung, welche mit dem Verbrechen zwar das Moment der Geſetzübertretung gemein hat, dagegen ſich von demſelben weſentlich dadurch unterſcheidet, daß ihren Gegenſtand nicht

1) S. Wächter N. Arch. X. S. 72 ff. 216 ff. Falck eb. XI. S. 143. Abegg Unterſ. S. 73 ff. Luden a. a. O. S. 319 ff.

2) Vgl. das engliſche und franzöſiſche Recht in den Citaten bei Mittermaier a. a. O.

3) Vgl. Hufnagel III. S. 333 — 335. Breidenbach S. 542 ff.

das an und für ſich Unrechte, ſondern das Gefährliche bildet. Solche Handlungen gehören nicht in den Kreis der Rechtspflege, welche es nur mit dem bereits wirklich gewordenen Unrechte zu thun hat, ſondern in den Kreis einer andern weſentlichen Funktion des Allgemeinen, welche neben andern Zwecken auch die Aufgabe hat, die Geſellſchaft und den Einzelnen gegen mögliches Unrecht zu ſichern. Wie die Rechtspflege es zu ihrer weſentlichen Beſtimmung hat, die Subſtantialität des Rechts für die Individuen zu einer Sache ihres Wohls zu machen, ſo iſt es umgekehrt die Beſtimmung jener andern Thätigkeit, das Wohl der Individuen und ihrer Geſammtheit zu einer allgemeinen, d. h. rechtlichen Angelegenheit zu erheben. Gemäß dieſer Beſtimmung aber iſt die gedachte Thätigkeit α) Vormundſchaftspolizei, die es damit zu thun hat, die Individuen, ſofern und ſoweit es nöthig iſt, erſt zur Spontaneität für die Beſorgung ihres eigenen Wohls zu erheben, β) Hilfspolizei, deren Geſchäft es iſt, die Individuen in ihren ſpontanen Beſtrebungen für ihr Wohl zu unterſtützen und überall das Einzelwohl mit dem Geſammtwohl zu vermitteln, γ) Rechtspolizei, welche zur Aufgabe hat, das Einzel- und Geſammtwohl gegen mögliche Verletzungen zu ſichern, die ihm theils durch Umſtände und Ereigniſſe, welche von der menſchlichen Willkühr nicht abhängen, theils aber auch, und insbeſondere, gerade von den Handlungen der allſeitig frei unter einander und durch's Ganze ſich bewegenden Einzelwillen drohen. Eine Folge dieſer Beſtimmung iſt — neben der Nothwendigkeit, konkreten Verbrechen vorzubeugen, ihre Vorbereitungen zu hindern und die begangenen aufzuſpüren, — insbeſondre auch die Aufgabe, die gefährlichen Handlungen zu verbieten und zu beſtrafen.

Anm. — Der ſchon oben (§§. 3. und 5.) erwähnte Unterſchied von peinlicher und polizeilicher Strafgerechtigkeit gehört zu den theoretiſch und praktiſch noch nicht

gehörig aufgeklärten Punkten. Zwar darüber iſt man jetzt wohl größtentheils einig, daß die auch in neuen Polizeiſtrafgeſetzbüchern, wie z. B. im Wirtembergiſchen, noch vorkommende Zuweiſung eigentlicher Verbrechen (als Bagatellſachen) an die Verwaltungsbehörden nichts tauge und nur einer nicht zu rechtfertigenden Nachgiebigkeit an ein begriffswidriges Herkommen zuzuſchreiben ſei [1]). — Allein, auch hievon abgeſehen, iſt bekanntlich über die Rechtspolizei großer Streit, und es iſt dies um ſo natürlicher, als Jeder zugeben muß, daß man ſich hier auf einem Gebiete befinde, das jedenfalls zwiſchen der Polizei und der Juſtiz in der Mitte liegt und nach beiden Seiten hin verwandtſchaftliche Beziehungen zeigt. Während z. B. einerſeits Gros [2]) der Polizei auch das Gebiet der ſogenannten freiwilligen Rechtspflege zugetheilt wiſſen will, ſo verlangt umgekehrt Mohl [3]) die Trennung der Rechtspolizei überhaupt von der übrigen Polizei und die Zutheilung derſelben (ſammt der freiwilligen Rechtspflege) unter das Juſtizminiſterium. — Sieht man nun zuvörderſt von den praktiſchen Vortheilen und Nachtheilen der einen oder der andern Behandlungsweiſe ab, und hält ſich an den Begriff, ſo muß man unbedenklich der erſteren Anſicht den Vorzug geben. Denn, iſt es der Grundgedanke der Rechtspflege, das Recht als die an und für ſich ſeiende Norm des Daſeins in's Leben überzutragen und an dem Reichthum ſeiner

---

1) Mohl N. Arch. 1840. Beil. H. S. 12 ff. Verhdl. der wirt. Abg.-Kammer 1838. Beil. H. 2. S. 290 ff. Grandaur in ZuRheins Beitr. 1828 II. S. 89 ff. Mittermaier Strafverfahren §. 46.

2) Naturrecht §. 386.

3) Syſtem der Präventivjuſtiz. Tüb. 1834. Vergl. Mohl Polizeiwiſſenſchaft I. S. 46. 47. (2. Ausg.)

ſich kreuzenden Intereſſen und Verhältniſſe zu bewähren, ſo ſetzt ihre Thätigkeit überall ein bereits wirklich geſtörtes Rechtsverhältniß voraus, verhalte ſich nun der ſtörende Wille zur Subſtanz des Rechts unbefangen oder offenbar feindlich; niemals aber kann es ihr Geſchäft ſeyn, gegen eine bloß mögliche Rechtsſtörung aufzutreten, weil eine ſolche ja noch keineswegs eine Negation desjenigen Zuſtandes enthält, deſſen Aufrechterhaltung allein die Aufgabe der Rechtspflege ausmacht. Solang ein Unrecht bloß als möglich droht, ſo iſt die Alleinherrſchaft des Rechts als abſolute Norm des ſocialen Lebens noch nicht aufgehoben, mithin keineswegs die Thätigkeit aufgerufen, deren Begriff es iſt, eben nur dieſe Alleinherrſchaft gegen jede Negation ſtetig zu verwirklichen. Umgekehrt hat nun die Polizei zu ihrem Grundgedanken das Wohl, und ihre Aufgabe iſt, dieſes Wohl zu einer allgemeinen, d. h. rechtlichen Angelegenheit zu erheben und als ſolche zu realiſiren. Wenn daher die Rechtspflege ſich gegen die partikulären Willen indifferent verhalten muß, da ſie ihr bloß als Erſcheinungsmedium für den allgemeinen Willen dienen, ſo ſetzt im Gegentheil die Polizei die Anerkennung der ſelbſtändigen Beſonderheit des Willens voraus, und ihr Geſchäft iſt, die Spontaneität der freien Perſon für die Beſorgung ihres Wohls zu wecken, zu leiten, zu unterſtützen, zu überwachen, und für die Vermittlung des Einzelwohls mit dem Wohle der Geſammtheit zu ſorgen. Daraus ergeben ſich die im Paragraphen aufgeführten drei Formen der Polizei, die gerade erſt in der Rechtspolizei ihren folgerichtigen Abſchluß finden. Iſt es nämlich Sache der Polizei, in ihren beiden erſten Formen die Individuen zur ſelbſtthätigen Arbeit für ihr eigenes und das Gemeinwohl anzuſpornen und zu unterſtützen, ſo hat ſie

nun auch weiter dafür zu ſorgen, daß nicht aus dieſer allſeitigen freien Bewegung der individuellen Willen unter ſich und im Ganzen Störungen eben deſſen, was ſie bezweckt, entſtehen; ſie hat das in den beiden erſten Formen von ihr beförderte und verwirklichte Wohl nun auch negativ gegen mögliche Verletzungen zu ſichern, und eben dies bildet die, von der Thätigkeit der Rechtspflege ſehr wohl zu unterſcheidende, Aufgabe der Rechtspolizei. Hiebei kann es aber, nach der einen Seite hin, nicht darauf ankommen, ob die Störungen des Wohls von künftigen Rechtsverletzungen, oder ob ſie von Ereigniſſen und Verhältniſſen erwartet werden, die zunächſt nicht im menſchlichen Willen ihren Urſprung haben, — genug, wenn nur von menſchlichen Willensbethätigungen, die unter dem Einfluß ſolcher Verhältniſſe ſtehen, jene Störungen zu erwarten ſind. Inſofern iſt kein Grund vorhanden, die präventive Thätigkeit gegen unmittelbare Rechtsverletzungen von der ſichernden Thätigkeit der Polizei im Allgemeinen unter dem Namen der Präventivjuſtiz abzuſondern. Ebenſowenig kann aber nach der andern Seite hin etwas darauf ankommen, ob die möglichen Rechtsverletzungen erſt in der Willkühr des Subjekts ihren Urſprung nehmen, oder ob ſie in den objektiven Verhältniſſen, worin ſie ſtattfinden können, ſchon in ihrer ganzen Beſtimmtheit liegen. Inſofern iſt kein Grund vorhanden, von der Rechtspolizei die zur Verhütung möglichen Unrechts gewiſſe Eigenthumsverhältniſſe der Privaten unmittelbar anordnende Staatsthätigkeit unter dem Namen der freiwilligen Rechtspflege abzuſondern [1]). — Eine ganz andre Frage iſt es nun aber, ob nicht gleichwohl Gründe vorhanden ſeien, die

1) Dies will Wirth, Syſtem der ſpek. Ethik. II. S. 270—273.

Rechtspolizei, im Ganzen oder wenigſtens einem bedeutenden Theile nach, gleichwohl von der übrigen Polizei abzuſondern und in die Sphäre der Juſtizverwaltung zu überweiſen? Eine ſolche Ueberweiſung könnte um ſo weniger etwas Auffallendes haben, da, wie ſchon geſagt, jedenfalls im Syſteme der Staatsverwaltung die Rechtspolizei den Uebergang von der Polizei zur Rechtspflege bilden muß. Nun ſcheint ſie aber in der That hinſichtlich deſſen, was zur freiwilligen Rechtspflege gehört, ſchon dadurch hinreichend gerechtfertigt zu ſeyn, daß die Verwaltung dieſes Theils der Rechtspolizei gerade vornämlich ſolche Kenntniſſe und ein ſolches in ruhiger Stetigkeit ſich bewegendes Verfahren erfordert, wie es bei der übrigen Polizei nicht, wohl aber bei der Rechtspflege vorausgeſetzt iſt [1]. Muß man aber dies anerkennen, ſo hat gewiß die Anſicht von Mohl eine ſtarke Präſumtion für ſich, wenn derſelbe auch die Prävention gegen unmittelbar aus der Willkühr des Subjekts entſpringende Rechtsverletzungen, als eine der zuvorgedachten homogene Funktion, gleichfalls der Juſtiz (als eine beſondere, von den eigentlichen Gerichten abgeſonderte, Abtheilung) überwieſen haben will. Falls dieſe Forderung auf die Ausübung der wirklichen Strafgerechtigkeit gegen gefährliche und als ſolche auf geſetzlichem Wege verpönte Handlungen beſchränkt und nicht auf die vorbeugende, ſichernde, aufſpürende Thätigkeit gegen die konkrete Rechtsverletzung ausgedehnt wird, iſt ihr ohne Zweifel beizutreten [2]. Denn nur, wenn lezteres

1) Auch der o. a. Bericht der Komm. der Wirt. Abg.Kammer verlangt keineswegs eine vollſtändige und noch weniger eine bleibende Zutheilung der Geſchäfte der freiwilligen Rechtspflege an die Adminiſtrativbeamten.

2) Mohl Polizeiwiſſenſchaft. (S. 34 n. 2.)

der Fall wäre, würden allerdings die Einwendungen von Wirth a. a. O. zutreffen, daß nämlich die Rechtspolizei dieſelbe der Juſtiz fremde Unterordnung der untern unter die obern Stellen, ja eine noch ſtrengere verlange, als die andern Theile der Polizei, mit ihnen alſo in weſentlicher Einheit ſtehe, daß ſie dagegen von der Juſtiz ſowohl hinſichtlich der Objekte, als des Verfahrens ſpecifiſch ſich unterſcheide. Dieſe Einwürfe fallen aber weg, ſobald man es bei der gedachten Beſchränkung bewenden läßt. Freilich behauptet im Gegentheile Mohl [1]) a) die präventive und wiederherſtellende Thätigkeit in Beziehung auf Rechtsverletzungen gehören zu Einem organiſchen Ganzen, weil ſie einen Zweck haben und nur in der Zeit ihrer Einwirkungen und den anzuwendenden Mitteln verſchieden ſeien. b) Dagegen habe die Prävention gegen Rechtsverletzungen mit der übrigen Polizei nur den Zweck der Hinwegräumung von Störungen gemein; allein viel wichtiger ſei die Grunddifferenz in dem Objekt der Störungen auf beiden Seiten. c) Offenbar ſei nicht einzuſehen, warum die Juſtizbehörden nicht ebenſogut, als ſie die Vormundſchaften, Mundtodterklärungen, das Inventur- und Theilungsweſen zur Vorbeugung möglicher Rechtsverletzungen beſorgen, auch die Vorkehrungen zum Schutze des Staats, z. B. das Verbot geheimer Geſellſchaften und die Cenſur, ferner die anderweitigen Anſtalten zum Schutze der Einzelnen, z. B. die Anſtalten gegen Vaganten, Jauner, und die Verwendung der Gensdarmerie, ausführen könnten und ſollten. Allein dagegen iſt wohl mit gutem Grunde zu repliciren, ad a) eine Homogeneität des Zwecks findet nur zwiſchen der Prävention

1) Polizeiwiſſenſchaft I. S. 46. 47. Syſtem der Präventivjuſtiz. S.

gegen Rechtsverletzungen und der ſog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, nicht aber zwiſchen dieſen beiden und der ſtreitigen Rechtspflege ſtatt. Vielmehr iſt die von Mohl ſogenannte Präventivjuſtiz von der letzteren gerade durch ihren Zweck, bloß das allgemeine und Einzelwohl gegen Störungen zu ſichern, während die Rechtspflege den Zweck hat, die abſolute Geltung des Rechts als der ſubſtantiellen Norm des Daſeins gegen jede wirkliche Negation wiederherzuſtellen, ſo entſchieden getrennt, daß erſtere als Theil der Polizei betrachtet und der lezteren principiell entgegengeſetzt werden muß [1]). Nur dieſe Verſchiedenheit des Zwecks iſt es denn auch, welche ſich weiter in der verſchiedenen Zeit der Einwirkung und der Verſchiedenheit der anzuwendenden Mittel offenbart. Gerade die letztere iſt aber ſo groß, daß ſie die vermeintliche Idealität des Zwecks unzweifelhaft überwiegt. In der That kann jedoch eine Gleichheit des Zwecks gar nicht angenommen werden, ſondern nur eine Gleichheit des Objekts, gegen welches beide Thätigkeiten ganz verſchiedene Zwecke ausüben. Dieſe Gleichheit des Objekts kann aber gar nichts entſcheiden; ſonſt müßte man aus dem gleichen Grunde auch die Strafgeſetzgebung mit der Strafrechtspflege identificiren. ad b) iſt nun eben nur auf dieſe Gleichheit des Objekts Gewicht gelegt, welche, wie geſagt, nichts bedeuten kann, da derſelben das viel wichtigere Moment gegenüberſteht, daß die Rechtsſtörungen in beiden Fällen in ganz verſchiedenen Beziehungen zur Sprache und ganz verſchiedene Zwecke dagegen in Vollzug kommen, für die Juſtiz nämlich haben ſie nur die Bedeutung, abſolut hinwegzuräumende Negationen der abſoluten Rechtsnorm zu

1) Vgl. die bei Mohl Präventivjuſtiz, S. 16. Anm. a. E. angef.

ſeyn, für die Polizei dagegen erſcheinen ſie als mit Klugheit zu verhindernde Störungen des gemeinen und des Einzelwohls. Eben hieraus entſpringt aber auch die Nothwendigkeit eines ganz verſchiedenen Verhaltens der beiderſeitigen Behörden. Während nämlich die Polizei überhaupt zu ihrem Objekte nur die allgemeinen und konſtanten Verhältniſſe der Individuen (ſo auch als Rechtspolizei eben nur die bleibenden Möglichkeiten von Rechtsverletzungen) hat, ſo hat die Rechtspflege die ganz ſingulären Handlungen des einzelnen Individuums zu ihrem Gegenſtande. Daher ſind auch die Maßregeln der Polizei in der Regel allgemeine und in's Große gehende, die Akte der Juſtiz dagegen ſtets von ſingulärer Natur. Das Verfahren der Polizei aber iſt, eben um ihres Zwecks willen, nothwendig in einem gewiſſen Grade willkührlich, da ſie es ſtets mit einer Vermittlung des allgemeinen Geſetzes mit dem vielgeſtaltigen Leben im Großen, in ſeinen unendlichen Möglichkeiten zu thun hat, der ſtrenge Formalismus des Rechts daher der Erfüllung ihres Zwecks geradezu entgegenwirken würde; zugleich ergiebt ſich aber eben aus dieſer Unmöglichkeit einer in concreto ſtrengen Gebundenheit des polizeilichen Handelns um ſo gewiſſer die Nothwendigkeit eines Erſatzes hiefür in einem ſtreng hierarchiſchen Organismus der polizeilichen Behörden. Von beidem findet nun aber bei der Rechtspflege gerade das Gegentheil ſtatt. Einerſeits verlangt ihr Verfahren, bei dem es ſich um Vermittlung der Rechte, um Beſtimmung konkreter Schuld und Strafe handelt, einen ſtrenggeſetzlichen, ruhigen Formengang (noch ganz abgeſehen von der Nothwendigkeit der öffentlichen und mündlichen Form der Ausübung); andrerſeits verlangt ihre Thätigkeit eine weſentlich verſchiedene, nämlich möglichſt ſelbſtändige und

unabhängige Stellung ihrer Behörden gegenüber der der Regierung [1]). Allein das ſind aber gewiß triftige Gründe, die ſichernde Staatsthätigkeit von der Rechtspflege genau zu ſondern, und hiegegen wird es ſich kaum halten laſſen, wenn Mohl ſagt, die größere Beweglichkeit der Polizeibeamten und ihr Beſitz zahlreicherer und wirkſamerer Mittel könne nichts entſcheiden. Denn, wenn er nun dieſe Vortheile einfach auf die Juſtiz übergetragen haben will (woran es auch in der That ſein Syſtem der Präventivjuſtiz keineswegs fehlen läßt), ſo iſt eben nur die Frage, ob nicht eine ſolche Uebertragung gerade mit dem Grundweſen der Juſtiz im offenbarſten Widerſpruche ſtehen würde? ad c) dürfte gerade in der beliebten Beſchränkung auf die Geſchäfte der ſogenannten freiwilligen Rechtspflege die Parallele unglücklich ausgefallen ſeyn. Denn ohne Frage wird man eben zwiſchen dem Theilungs-, Vormundſchafts-, Teſtamentsweſen einerſeits und der Sicherung vor politiſchen Umtrieben, Jaunern ꝛc. andrerſeits, ſowie zwiſchen dem ruhig ordentlichen Gang des Verfahrens im erſten, und dem vom Bedürfniß des Moments entnommenen Maßſtab des Verfahrens im zweiten Fall die tiefſte Kluft anerkennen. Da nun Theilungen, Inventuren, Pfand- und Vormundſchaftsweſen ohne Zweifel nicht nur im Objekt, ſondern auch in dem durch das Objekt bedingten Gang des Verfahrens und Organismus der Behörden allerdings die bedeutendſte Verwandtſchaft mit der Civilrechtspflege zeigen, ſo wird es ſich gewiß rechtfertigen, wenn dieſer Zweig der Rechtspolizei unter das Juſtizminiſterium geſtellt wird. Ganz ähnliche Gründe aber treten hinſichtlich der Aburtheilung der Polizeivergehen

1) Vgl. Mohl Polizeiwiſſenſchaft, II. S. 543—549.

ein, wie dies denn auch Mohl durchaus anerkennt. Denn, wenn er einerſeits als Gründe für die Ueberweiſung an die Gerichte die bei dieſen vorhandene ſchützende Form und Unpartheilichkeit nicht gelten laſſen will, ſo hebt er ja dieſen Einwurf ſelbſt wieder vollkommen, indem er gleich darauf zugiebt, daß bei dem ſtrafenden Polizeibeamten die perſönliche Unabhängkeit von Einflüſſen der höheren Staatsbehörden oder des Staatsoberhauptes ſelbſt keineswegs in dem Grade vorhanden ſei, noch ſeyn könne und dürfe, wie bei dem Gerichtsbeamten [1]. Keineswegs treten aber dieſelben Gründe ein hinſichtlich der eigentlich präventiven Thätigkeit der Rechtspolizei. — Nimmt man nun alles zuſammen, ſo wird man in dem hier Ausgeführten keinen Widerſpruch gegen das oben §. 6 S. 33 Geſagte finden. Wenn nämlich dort die geſammte Reaktion gegen das bloß mögliche Unrecht der Polizei vindicirt wurde, ſo bleibt dies auch auf gegenwärtigem Standpunkte als das Begriffsgemäße anerkannt, uud es wird nur die Modifikation beigefügt, daß es paſſend ſcheine, von dem Geſammtgebiete der Rechtspolizei aus vorgedachten Gründen theils die ſogenannte freiwillige Rechtspflege, theils die Aburtheilung der Polizeiübertretungen abzutrennen und als eigene Abtheilung, d. h. abgeſondert von den gewöhnlichen Civil- und Kriminalgerichten, unter das Juſtizminiſterium zu ſtellen [2].

§. 184.

Die Nothwendigkeit der Rechtspolizei liegt in der Abſolutheit des Rechts, als der unverbrüchlichen Norm des ſocialen Lebens, welche durch die Rechtspflege nicht vollkommen geſichert wird, noch geſichert werden kann. Denn, da letztere

1) Mohl a. a. O. S. 42.

2) Vgl. Heffter N. Arch. 1843. S. 113—134.

für den Eintritt ihrer Thätigkeit eine konkrete Negation der objektiven Sittlichkeit jedes Mal vorausſetzt, ſo läßt ſie eben darum die Exiſtenz des rechtlichen Zuſtandes überhaupt in der Zufälligkeit beharren, welche ihm ſchlechthin unangemeſſen iſt, und insbeſondere wären die unerſetzlichen Rechte ohne den Schutz der Rechtspolizei geradezu der Willkühr preisgegeben [1]). Aus dem abſoluten Seyn der objektiven Sittlichkeit folgt daher mit Nothwendigkeit, daß nicht bloß an und für ſich unrechte Handlungen, ſondern auch bloß rechtsgefährliche verboten und im Begehungsfall geſtraft werden müſſen. Solche Handlungen können aber entweder in einer an und für ſich ſchon zum Verbrechen tendirenden Geſinnung ihren Urſprung haben, oder können ſie an ſich nicht unrechtliche Akte ſeyn, die jedoch durch den Konflikt mit irgend einer zum Zweck des gemeinen Wohls errichteten Anſtalt dem Rechte Gefahr drohen. Immer haben ſie den Charakter, die reale Möglichkeit der Verletzung eines Rechts in ſich zu ſchließen. Eben dadurch ſind ſie gefährliche Handlungen. Die hiernach ihrem Begriffe anklebende Unbeſtimmtheit erzeugt nun die doppelte Forderung, daß: 1) geſetzlich genau beſtimmt werde, was für eine Polizeiübertretung angeſehen werden ſoll (gerade darin aber liegt auch wieder die Möglichkeit, auch einem keines böſen Vorſatzes ſich bewußten Willen gleichwohl eine formelle Schuld zuzurechnen und ihn wenigſtens wegen fahrläſſiger Rechtsunwiſſenheit zu beſtrafen, wobei dann aber überhaupt der Unterſchied zwiſchen dolus und culpa wegen der Geringfügigkeit des Objekts und des gegen jenen Unterſchied indifferenten Zwecks des Verbots auf ein Minimum zuſammengehen wird [2]); 2) daß nur ſolche Handlungen zu Polizeivergehen geſtempelt werden, welche ihrer Natur und der Regel nach aus ſubjektiven oder objektiven

---

1) Mohl Präventiv-Juſtiz, S. 5.

2) Mohl a. a. O. S. 44. n. 10 u. Globig ib. cit.

Gründen als Vermittlungen von Rechtsverletzungen betrachtet werden können.

Anm. — Bei der im Uebrigen treffenden Definition des Polizeivergehens von Wirth [1]) iſt es ein Mangel, daß nur auf die aus pſychologiſchen Gründen ſich ergebenden konſtanten Vermittlungen des Unrechts Rückſicht genommen ſcheint, währenddie quantitativ unendlich bedeutendere Zahl der Polizeivergehen der Klaſſe der an ſich harmloſen und nur durch den Konflikt mit gewiſſen Anſtalten rechtsgefährlich werdenden Handlungen angehört. Wenn nun Mohl, trotz einiger Anſtände, endlich kein Bedenken trägt, die Beſtrafung aller Polizeivergehen der Juſtiz zu überlaſſen, gleichwohl aber doch wieder dieſe Ueberweiſung nur auf die bedeutenderen Fälle eingeſchränkt wiſſen will [2]), ſo iſt ihm zwar in der Sache beizuſtimmen; aber Konſequenz liegt wohl nicht darin, wenn einerſeits ſo großes Gewicht darauf gelegt wird, daß es die Juſtiz bloß mit Rechtsſtörungen, die Polizei bloß mit Intereſſeſtörungen zu thun habe, gleichwohl aber andrerſeits nun die Beſtrafung auch aller irgend bedeutenderen Intereſſeſtörungen der Juſtiz überwieſen wird.

III. Der Staat.

§. 185.

Die Forderung der beiden Thätigkeiten, deren eine die Subſtantialität des Rechts als das Wohl der Individuen zu verwirklichen hat (der Rechtspflege), die andre das Wohl der Einzelnen und der Geſammtheit als rechtliche Angelegenheit zu realiſiren beſtimmt iſt (der Polizei und der Fürſorge

1) Syſtem der ſpek. Ethik II. S. 260. 261.
2) Präventiv-Juſtiz S. 51 ff. Polizeiwiſſenſchaft I. 41—44.

für die Intereſſen des geiſtigen Wohls), führt auf die Forderung einer organiſchen Einheit dieſer Thätigkeiten, welche ſofort, als eine aus ſich ſeiende Totalität, ſich durch ein eigenthümliches Fundament ihrer objektiven Exiſtenz und Subſiſtenz (die Finanzen) zu bewähren hat. Dieſer Organismus der Wechſelwirkung von Recht und Wohl, oder — was daſſelbe iſt — dieſe vermittelte Einheit des allgemeinen und des beſondern Willens in der Sphäre des objektiven Daſeins, d. h. alſo: dieſer Organismus der Rechtsidee in ihrer Totalität iſt — der Staat, welcher, als dieſer Ausdruck der ſittlichen Idee in dem beſonderen Kreiſe der Objektivität, gegenüber dem individuellen Geiſte einer — und dem Geiſte der Menſchheit andrerſeits, den Volksgeiſt zu ſeinem ſpecifiſchen Organe hat.

§. 186.

Indem der Staat hiemit alle relativen ſittlichen Einheiten im Gebiete des objektiven Daſeins als deren Totalität in ſich aufnimmt, ſo ergiebt ſich, daß das Verbrechen, deſſen Weſen die Verletzung des Rechts als der objektiv ſittlichen Norm iſt, in allen ſeinen Formen und Abſtufungen ſich als Negation des Grundprincips des Staats erweiſt und daher auch die Reaktion gegen das Verbrechen weſentlich eine Staatsangelegenheit ſeyn muß. Dieſe Beziehung des Verbrechens auf den Staat offenbart ſich aber 1) in der Allgemeinheit und Ausſchließlichkeit der Rechtspflege, welche gleichwohl, um einer aus ihrem Principe hervorgehenden Antinomie zu entgehen, das Recht der Nothwehr als Ausnahme erkennen muß, 2) in der Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat und ſeine nach Umfang und Dauer mannigfaltig beſtimmten Strafgeſetze. Indem aber der Staat alle anderen ſittlichen Sphären, ſofern ſie das Gebiet der Objektivität betreten, in ſich aufnimmt, ſo muß er 3) auch für diejenigen ſittlichen Sphären, welche ihr Princip auſſerhalb der objektiven Sittlichkeit haben, innerhalb ſeiner eine

eigenthümliche Form der Reaktion, die korrektive Strafgerechtigkeit (der Familie, Kirche und Schule) zulaſſen.

Anm. — Die unläugbare Wahrheit, daß das Verbrechen in allen ſeinen Stufen und Formen eine negativ unendliche Tendenz gegen den Staat ſelbſt zeigt, — eine Wahrheit, die weder in dem römiſchen Syſtem des Privatpönalweſens, noch in dem germaniſchen Kompoſitionsſyſtem eigentlich verkannt worden iſt (der Fehler lag nur in der noch unreifen Entwicklung der Staatsidee ſelbſt), hat einer beſonderen Strafrechtstheorie, der ſogenannten Nothwehrtheorie zur Grundlage gedient, deren Ausführung jedoch in ihrer ſpekulativen Dürftigkeit ſich in ſonderbarem Mißverhältniſſe zu der Tiefe ihres Grundgedankens befindet [1]).

1) Allgemeinheit und Ausſchließlichkeit der Rechtspflege.

§. 187.

Da das Verbrechen die Verletzung des Rechts als Rechts, der Staat aber der Organismus der Rechtsidee iſt, ſo iſt die Rechtspflege (§. 175) weſentlich eine Funktion des Staats. Sofern aber der Staat die Totalität aller objektiv ſittlichen Kreiſe iſt, ſo iſt eben damit die Rechtspflege durch den Staat als die ausſchließende, alle objectiv ſittlichen Potenzen umfaſſende Weiſe der Verwirklichung des Rechts gegen das Verbrechen geſetzt. Dieſes ausſchließliche Recht des Staates, gegen das Verbrechen einzuſchreiten, folgt aus ſeiner unbedingten Pflicht hiezu. Dieſe Pflicht aber liegt darin, daß es ſich hier nicht bloß um eine irrige Subſumtion des behaupteten Rechtsanſpruchs unter das Recht als ſolches, ſondern um eine direkte Negation des letzteren handelt. Dieſe

---

1) Vgl. darüber Luden in der Vorrede zur Ueberſetzung von Romagnoſi, wo aber freilich viele unbegründete Argumente gegen Martin vorgebracht ſind.

Negation der Subſtanz des Rechts kann nur der Staat, als Organ der Subſtanz des Rechts, auf angemeſſene Weiſe tilgen, und er muß ſie tilgen, wenn er nicht mit ſeinem eigenen Begriff in Widerſpruch gerathen will; ja, er muß dieſe Pflicht ſelbſt gegen den Willen des unmittelbar Verletzten vollziehen, weil auf die Subſtanz ſeiner Rechte Niemand verzichten kann (§. 182), und nur dieſe hier das Objekt der Wiederherſtellung ausmacht. Auch kann der Staat die Ausübung der gedachten Pflicht weder von der Klage des Verletzten, noch von dem Mißlingen eines Sühneverſuchs abhängig machen, eben weil die Subſtanz des Rechts das ſchlechthin Giltige, Unveräußerliche iſt. In dieſer unbedingten Pflicht des Staats liegt aber von ſelbſt die Ausſchließlichkeit ſeines Rechts, weil die Subſtanz des Willens ſich nur auf ſubſtantielle Weiſe aus ihrer Negation wiederherſtellen kann, wie denn auch der Verbrecher das Recht hat, nur vom Staate, als ſeiner eigenen objektivirten Vernunft, gerichtet zu werden.

Anm. — Es iſt freilich eine einſeitige Abſtraktion, wenn die Chineſen alle Lebensverhältniſſe unter die Kategorie des Juridiſchen ſtellen und das Individuum auch wegen jeder Liebloſigkeit und Unhöflichkeit zum Richter weiſen, der dann der mangelnden Liebe und Freundſchaft mit dem Bambusrohr nachhelfen darf. Nur das andere Extrem iſt es aber, wenn die öffentliche Meinung den Individuen für wahre Rechtsſtreitigkeiten, für Beleidigungen, die durch das Gericht geſühnt werden können und ſollen, dieſen Weg verſperrt und ihnen die Einbildung vormacht, als ob dieſe Sühne von keinem ſo guten Kaliber ſei, als die Rache, die man ſich mit eigener Fauſt nehme. — Damit ſoll indeß nicht geläugnet werden, daß in den hiſtoriſchen Verhältniſſen eines Staates eine Antinomie liegen kann, welche allerdings die Konſequenz jener Anſicht rechtfertigt. Wenn die Geſetzgebung

über Injurien dem Geiſte des Volks geradezu widerſpricht, ſo iſt dieſes gezwungen, für die Wunden ſeiner Ehre die Heilung auf anderem Wege zu ſuchen. Beſonders kraß kann die Kolliſion bei ſolchen Verbrechen werden, welche nur mittelbar auch die Ehre angreifen, wie Ehebruch, Entführung ꝛc., wenn ein ehrlicher Mann dieſelben an ſeinen Angehörigen zum Theil ſo gut als ſtraflos begangen ſehen muß. Keine Frage, daß hier die öffentliche Meinung Recht hat, wenn ſie dem Schwergekränkten räth, die ſpöttiſche Genugthuung durch das Gericht zu verſchmähen und ſeinen Ingrimm auf die Spitze eines Degens zu ſetzen. Das Princip dieſer Meinung wird hiemit keineswegs gutgeheißen. Es iſt ein Unglück, wenn das empiriſche Recht ſo lare Grundſätze über die Ehre hat. Aber eben dies ſoll nicht ſeyn, und, wenn es anders iſt, wenn der Staat ſeine Pflicht thut, ſo muß auch das Individuum ſich ihm anvertrauen und bei ihm die Herſtellung ſeiner Ehre ſuchen. Ein geiſtig geſunder Menſch wird dann an dem geſunden Staate gerade ſeinen beſten und theuerſten Schutz finden und das Recht, ſich vor ſein Gericht ſtellen zu dürfen, — verſteht ſich vor ein öffentliches, — wird ihm als das einzige Mittel wahrer, der unendlichen Freiheit der Perſönlichkeit allein angemeſſener, Genugthuung erſcheinen. — Wie aber das Individuum das Recht hat, alle ſeine Streitigkeiten vor Gericht zu bringen, ſo hat auch der Staat ein Recht an alle Streitigkeiten der Individuen. Die Rechtspflege iſt eine aus der Marime der Koeriſtenz nothwendig hervorgehende Inſtitution, welche der Selbſthilfe keine gerechtfertigte Stelle übrig läßt. Die Selbſthilfe, welche das poſitive Recht theilweiſe zuläßt, iſt auch in der That nicht als Schranke, ſondern als Konceſſion der Juſtiz anzuſehen. Theils iſt ſie

dem Inhalt nach ganz auf das ſogleich näher auszuführende Recht der Nothwehr beſchränkt, theils bildet der erlaubte Vergleich gegen die Allgemeinheit der Rechtspflege deshalb keine Schranke, weil ein ſtreitiges Recht, auf welches man verzichten darf, eben nur ſo lange ſtreitig iſt, als man nicht darauf verzichtet, mit dem Verzicht daher aller Stoff zur Thätigkeit der Juſtiz hinwegfällt.

§. 188.

Dieſe Ausſchließung der Privatrache iſt jedoch eben dadurch bedingt, daß der Staat jedem Verletzten zur adäquaten Wiederherſtellung ſeiner Rechte verhilft. Nun ſetzt aber einerſeits die Thätigkeit der Rechtspflege die wirklich gewordene Exiſtenz des Unrechts voraus, und gleichwohl iſt andrerſeits ihre Ausſchließlichkeit gefordert. Aus erſterem Moment folgt gerade, daß ſie das Exiſtentwerden des Unrechts ſelbſt nicht verhindern kann, was zwar der Staat in der Form der Rechtspolizei zu leiſten ſucht, aber gleichfalls nicht vollkommen zu leiſten vermag, weil die Polizei, wenn ſie nicht zur unerträglichen Tyrannei werden ſoll, ſich nicht auf die ſingulären Willensakte der Individuen einlaſſen darf (wie die ſogenannte geheime Polizei thut), ſondern ſich auf die allgemeinen und konſtanten Möglichkeiten und Formen ihrer Bewegung zu beſchränken hat. Müßte nun ein mit dem Verluſte eines überhaupt oder im beſonderen Fall unerſetzlichen Rechts bedrohtes Individuum dieſen Verluſt ruhig hinnehmen, ſo würde der Staat durch eine ſolche Zumuthung das Unrecht ſelbſt als geltend, d. h. als Recht ſetzen. Die Löſung dieſer Antimonie liegt in dem Rechte der Nothwehr.

Anm. — So ſehr eine immer genauere Erforſchung der Geſchichte der einzelnen ſtrafrechtlichen Lehren gewünſcht und, wo ſie geboten wird, mit Dank angenommen werden muß, ſo kann doch auch die Beſchäftigung

mit dem hiſtoriſchen, namentlich dem germaniſchen Rechte die Gefahr einer unnöthigen Verwirrung um ſo mehr herbeiführen, je leichter ein übrigens wohlgemeinter Patriotismus ſich darin täuſchen kann, wenn er eine bei den früheren unreifen politiſchen Zuſtänden der germaniſchen Stämme ſehr erkärliche mangelhafte Entwicklungsform eines Begriffs der entwickelten Form des römiſchen Rechts gegenüber als das Urdeutſche, Beſſere, woran man noch heute wieder anknüpfen ſollte, aufſtellen zu müſſen glaubt. Eben dies ſcheint dem verdienſtvollen Zöpfl[1]) bei ſeiner Ausführung über den vermeintlichen Unterſchied zwiſchen dem römiſchen und dem germaniſchen Begriffe von der Nothwehr begegnet zu ſeyn. Denn ſeine eigenen Anführungen aus dem deutſchen Rechte zeigen in der That das nicht, was er damit zeigen will, daß nämlich das deutſche Recht die Nothwehr als einen Fall des Nothſtands aufgefaßt habe, während ſie vom römiſchen unter die höhere Kategorie einer Vertheidigung des Beſitzes oder Quaſi-Beſitzes überhaupt gebracht worden ſei. Erſteres wäre um ſo verwunderlicher, je weiter entfernt dem Weſen nach die Begriffe der Nothwehr und des Nothſtands in der That ſind. Man hat aber wirklich keinen Grund, dem deutſchen Rechte eine ſo ſtarke Verwechslung der Begriffe Schuld zu geben. Denn in ſeiner geſammten Entwicklung bis zur P. G. O. hin und von dieſer bis auf unſre Zeit herab zeigt ſich ſo wenig ein von dem römiſchen verſchiedenes Prinzip, daß ſie vielmehr gerade nur als ein allmäliges Hinſtreben zu dem vollen Ausſpruch des im römiſchen Rechte klar und vollſtändig ausgedrückten Grundgedankens erſcheint, und die von Zöpfl hervorgehobenen Abweichun-

---

1) N. Arch. 1842. S. 118 ff. 311 ff.

gen nur aus äußerlichen Umſtänden, inſonderheit der in Deutſchland ſo lange zurückgehaltenen Entwicklung des Staatsbegriffs, desgleichen der nur allmäligen Entwicklung des Schuldbegriffs, dazu aus dem Mangel wiſſenſchaftlicher Abſtraktion und dem ungebildeten Beweisſyſteme des älteren deutſchen Rechts ſich erklären [1]). Der Grundgedanke des römiſchen Rechts aber iſt kein anderer, als der oben aufgeſtellte, wie dies auch die Meiſten anerkennen. Freilich können nicht alle naturrechtlichen Begründungen als ſtichhaltig erkannt werden, inſonderheit nicht die von Feuerbach [2]), wornach ein Jeder ſein natürliches Recht der Selbſtvertheidigung nur unter der Bedingung an den Staat übertragen haben ſoll, daß dieſer den erforderlichen Schutz gewähre, ſo daß dann in Ermanglung dieſes Schutzes das gedachte Recht dem Individuum zuſtehe [3]). Indeſſen erkennt Luden [4]) mit Recht an, daß, abgeſehen von der fingirten Uebertragung an den Staat, auch dieſer Theorie des ſubjektiven Idealismus das richtige Princip zu Grunde liege; und es iſt nur nicht wohl zu begreifen, wie er am ſelben Orte ſich gegen die Theorie des objektiven Idealismus, welche von der Nichtigkeit des Unrechts in ſich ausgeht [5]), in Gegenſatz ſtellen mag. Denn auf daſſelbe Grundprincip rekurrirt er ja ſelbſt, während dies freilich der von ihm citirte Abegg [6]) nicht thut. Der Grund der Recht=

---

1) Der irrigen Anſicht, daß die Nothwehr ein Fall des Nothſtands ſei, ſind übrigens auch jetzt noch manche Kriminaliſten.

2) Lehrb. §. 36. Vgl. Henke I. S. 206.

3) Sander N. Arch. 1841. S. 80.

4) Handb. I. S. 292 not. 4.

5) Richter Philoſ. Strafr. S. 135 ff. Michelet Moral S. 161 ff. Heffter §. 41. n. 1.

6) Lehrb. §. 109. Unterſ. S. 111 ff. Abegg polemiſirt hier ſehr mit Unrecht gegen Heffter, der unter Nothwehr keineswegs das

mäßigkeit der Nothwehr liegt nach beiden Anſichten eben nur darin, daß das Recht ſich gegen das Unrecht, als das an ſich Richtige, geltend macht, und das Weitere, daß eine ſolche Manifeſtation dem Individuum nur in gewiſſen Fällen, nämlich eben im Falle der Noth, geſtattet ſei, iſt ſodann ein andrer Punkt. Eben aus dieſem letzteren Momente ergeben ſich daher von ſelbſt die Schranken der Nothwehr, welche, wie Abegg und Luden meinen, von Heffter ignorirt ſeyn ſollen. Wenn ſie aber Letzterem vorwerfen, daß nach ſeinem Principe eine Verletzung des Unrechthandelnden auch ohne den Zweck der Selbſtvertheidigung erlaubt ſeyn würde, ſo überſehen ſie nicht nur, daß Heffter ausdrücklich dieſes Recht auf den Fall der Noth (der Abweſenheit der Staatshilfe) einſchränkt, ſondern auch, daß ja allerdings Nothwehr auch zum Schutze eines Andern rechtmäßig iſt. Der Unterſchied zwiſchen der ſubjektiv- und der objektiv-idealiſtiſchen Anſicht liegt nur darin, daß die eine die Perſon als die Quelle des Rechts anſieht, wofür ſie der anderen nur als Träger gilt. Wenn aber Abegg hier gerade nach der erſteren greift, ſo liegt der Widerſpruch mit dem Grundgedanken des Syſtems, dem er ſonſt huldigt, am Tage. Der große Unterſchied der Nothwehr vom Nothſtande liegt gerade darin, daß beim letzteren nicht dem Rechte das durchaus nicht zu duldende Unrecht, ſondern ein Recht, aber ein gegen das in Noth begriffene beſchränktes Recht gegenüber ſteht, daß daher hier allerdings ein Fall der Kolliſion vorhanden iſt, wovon bei der Nothwehr gar nicht geſprochen werden kann (daß dies gleichwohl bei der Eigenthumsnothwehr nicht ſelten geſchieht, iſt leider wahr

Recht verſteht, in der Noth Unrecht zu thun. Vgl. auch *Rosmini* Filosofia del diritto t. 696—718.

und iſt eine traurige Folge der Verwechslung zwiſchen Nothwehr und Nothſtand, die noch hie und da vorkommt), daß daher auch bei der Nothwehr von einer Abwägung gegenſeitiger Rechte gar keine Frage ſeyn darf [1]).

§. 189.

Die Nothwehr iſt hiernach weder Rache, noch Strafe. Erſteres nicht, weil ſie nicht das verletzte ſubjektive Rechtsgefühl in ſeiner Unendlichkeit zum Principe, ſondern objektive Grenzen hat, durch deren Verläugnung ſie ſelbſt zum Unrechte wird. Letzteres nicht, weil ſie von einem Individuum ausgeht und, als Vertheidigung gegen ein erſt drohendes, mithin maßloſes Unrecht, nicht an das Princip der Wiedervergeltung gebunden ſeyn kann. Sie iſt vielmehr das gegen drohendes, im konkreten Fall durch den Staat nicht abwendbares, Unrecht dem Individuum zu ſeinem eigenen oder dem Schutze eines Dritten zuſtehende Vertheidigungsrecht.

Anm. — Die einfache Selbſtvertheidigung, die in bloßer Abwehr beſteht, ohne ſich bis zu wirklicher Verletzung des Angreifenden zu erſtrecken, wird hie und da uneigentliche Nothwehr [2]) genannt, gehört aber nicht in die Theorie des Strafrechts. Daſſelbe iſt aus demſelben Grunde von der Vertheidigung gegen Verletzungen zu behaupten, die nicht von Menſchen, ſondern von belebten unvernünftigen, wiewohl im menſchlichen Eigenthum befindlichen Geſchöpfen bevorſtehen [3]). Freilich iſt nun neuerdings von Zöpfl (N. Arch. 1843. S. 27 ff.) geradezu behauptet worden, daß die Stellung der Nothwehr unter das allgemeine Princip der Selbſtvertheidi-

1) Sander N. Arch. 1841. S. 68 ff.

2) Henke I. S. 209. 210. Daß aber die uneigentliche Nothwehr gar nicht zur Nothwehr gehöre, iſt eine ſonderbare Behauptung von Luden, Handb. I. S. 292. n. 3, und Marezoll S. 64. 65.

3) S. Heffter §. 42.

gung nicht nur bloß ungermaniſch, ſondern überdies an und für ſich unrichtig ſei, und, während das braunſchw. S.B. neben dem Code pénal wegen Feſthaltens an dem vermeintlich germaniſchen Geſichtspunkte eifrigſt belobt werden, erfahren die übrigen neuen deutſchen Legislationen ſtrengen Tadel darüber, daß ſie mit Feuerbach generaliſirt und romaniſirt haben ſollen. Sieht man indeſſen den Kern dieſer Kritik an, ſo wird man keinen Augenblick anſtehen können, das Verfahren der Mehrzahl der neuen Geſetzbücher im Princip vollkommen richtig und nur die Konzeſſionen gefährlich zu finden, die ſie hie und da der Anſicht von Zöpfl machen. Letztere geht nämlich dahin, daß die in der Nothwehr vorgenommenen Akte immer der Form nach geſetzwidrige Handlungen (Miſſethaten) ſeien, die man in Berückſichtigung des vorhandenen Nothſtandes ignoriren, d. h. für ſtraflos erklären müſſe. Es ſoll alſo von keinem Rechte der Nothwehr die Rede ſeyn, ſondern dieſelbe vielmehr für ein ſtrikt auszulegendes Privilegium erklärt werden, dem man dann allerdings einige ähnliche an die Seite ſetzen könne. — Was nun für dieſe Afterrechte das Princip bilden ſoll (es gehören darunter ungemein praktiſche Rechte), mag ganz dahingeſtellt bleiben. Für die eigentliche Nothwehr ſoll das Princip des Nothſtands gelten; dieſes aber ſoll darin beſtehen, daß der Nothſtand die abſolute Negation alles und jeden Rechtszuſtandes, mithin eine Abnormität des Koexiſtenzialverhältniſſes ſei. So wenig nun dieſe Auffaſſung des Nothſtands an ſich gebilligt werden kann, ſo möge doch die Prämiſſe einen Augenblick für richtig genommen werden. Allein nur um ſo mehr muß man über die Folgerungen erſtaunen, die daraus gezogen werden. Zwar ſagt der Verf. ganz richtig: aus dem gedachten Begriffe

des Nothſtands folge die Unmöglichkeit, von dem darin Befindlichen die Unterlaſſung jener Handlungen zu fordern, welche lediglich unter Vorausſetzung einer geordneten ſocialen Koexiſtenz und in Gemäßheit des Begriffs einer ſolchen (d. h. des Begriffs des Rechtszuſtands) unzuläſſig ſeien, — da eine Handlung nur in ſofern Unrecht ſei, als in ihr eine Negation des Rechts liege. Allein nun meint er weiter: weil der Nothſtand ein „abnormer" Zuſtand, die Geſetzgebung aber nur zur Regelung des ſocialen Normalzuſtandes berufen ſei, ſo dürfe das Handeln im Nothſtande nicht als Recht, ſondern nur als Ausnahme vom Recht prädicirt werden. Wie ſchlimm es für den ehrenhaften Bürger beſtellt wäre, wenn dieſer Schluß je legislative Anerkennung erhalten ſollte, wollen wir unerörtert laſſen, weil zum Glück der Schluß eben ſo theoretiſch unrichtig, als ſeine Konſequenz unpraktiſch iſt. Denn, da der Verf. ſelbſt ganz deutlich ſagt, der Nothzuſtand ſei die Negation des Rechtszuſtandes, mithin ſei eine in jenem begangene Handlung nicht Unrecht, was ſie nur unter Vorausſetzung des Beſtehens des Rechtszuſtandes ſeyn würde, ſo iſt ja ganz klar, daß er eine ſolche Handlung eben damit für Recht erklärt, da es zwiſchen Recht und Unrecht kein Mittelding giebt. Iſt dem aber ſo, dann iſt alles Weitere völlig nichtsſagend. Denn, kann die Abnormität des Zuſtandes das Recht nicht zum Unrecht machen (dies nimmt ja Zöpfl ſelbſt nicht an), ſo muß es auch völlig als Recht beſtehen bleiben; und daraus, daß die Geſetzgebung nur den ſocialen Normalzuſtand zu regeln habe (welcher Satz freilich ein Erbſtück aus der Reflexionsphiloſophie iſt und mit der von Zöpfl kurz zuvor aus Hegel aufgenommenen Definition des Unrechts ſchlecht zuſammenſtimmt), würde ja nur folgen,

daß nun eben die Geſetzgebung mit dem Nothſtand ſich gar nicht zu befaſſen hätte. — Daß übrigens dieſe Bemerkungen nicht auch den Code pénal und das braunſchweigiſche G.B. treffen, verſteht ſich von ſelbſt. Denn, da dieſe Geſetzgebungen zwar allerdings der Nothwehr nicht in genereller Weiſe erwähnen, gleichwohl aber ſofort nicht verſäumen, das gleiche Princip auch auf andere Fälle auszudehnen, ſo fällt ihnen, da ſie keinen doktrinellen Zweck haben, keinerlei Vorwurf zur Laſt; im Gegentheil kann ihre Behandlungsweiſe paſſend befunden werden, weil ein Strafgeſetzbuch allerdings nicht nöthig hat, von dem Recht der Selbſtvertheidigung überhaupt zu reden. Daß aber insbeſondere der Code keineswegs die Anſicht von Z. begünſtigt, liegt doch wohl klar darin, daß er erklärt, Tödtung ꝛc. in Nothwehr ſei non qualifié crime, ni délit.

§. 190.

Die Bedingungen der Nothwehr ſind 1) ein die Verletzung eines Rechts, gleichviel welcher Art, drohender Angriff, welcher 2) ein ungerechter ſeyn muß, und wogegen 3) die zeitige Hilfe des Staates oder eine unſchimpfliche Flucht nicht als Abwehrmittel zu Gebot geſtanden haben darf.

Anm. — Dieſe Bedingungen werden oft, ſo auch wieder von Luden [1]), nicht gehörig geſondert, was dann nothwendig eine Verwirrung der Fälle, wo es an den Bedingungen der Nothwehr überhaupt fehlt, mit den Fällen der Ueberſchreitung ihrer Grenzen zur Folge haben muß.

ad 1) ſind vorzüglich zwei Punkte beſtritten; a) ob Nothwehr nur zum Schutze von Leben, Geſundheit und

1) Handb. §. 45; ſ. dagegen Feuerbach §. 38. Wächter I. §. 51. 52.

Freiheit (etwa auch noch der Keuſchheit), oder ob ſie auch zum Schutze des Eigenthums und der Ehre geſtattet ſei? b) ob auch ein ſchon vollbrachter Angriff noch das gleiche (oder wenigſtens ein ähnliches) Recht gebe, wie ein erſt drohender.

a) Hier iſt wieder ein doppelter Geſichtspunkt zu unterſcheiden, nämlich die Frage: ob gewiſſe Rechte ſchlechthin als ſolche zu prädiciren ſeien, deren drohende Verletzung zur Nothwehr berechtige? und die Frage: ob es nicht Rechte gebe, die nur relativ hierher gehören, ſofern immer ein gewiſſes Verhältniß zwiſchen dem bedrohten Rechte und den Behufs der Abwehr zu beeinträchtigenden Rechten des Nöthigers obwalten müſſe? In beiden Richtungen ſind mannigfache Beſchränkungen der Eigenthumsnothwehr für nöthig gehalten worden, die auch in neueren geſetzgeberiſchen Arbeiten wieder erſcheinen [1]. — Einige behaupten nämlich, die Nothwehr ſei nur zuläſſig zum Schutze eines unerſetzlichen oder eines ſolchen Guts, das wenigſtens unter den beſondern Umſtänden des Falls unwiederbringlich verloren geweſen wäre. Sie ſchließen daher insbeſondere die Eigenthumsnothwehr dann aus, wenn nach den Umſtänden des Falls der Verletzte auf genügenden Erſatz durch die Gerichte hätte rechnen können [2], was dann meiſt bei Angriffen auf unbewegliches Gut (freilich ganz gegen das poſitive Recht) unbedingt angenommen wird. Dagegen wird von andrer Seite der Satz nur relativ geſtellt, d. h. die Eigenthumsnothwehr wird an ſich zugelaſſen, dabei aber ge-

1) Wirt. G.B. Art. 102. 103. Bad. Entw. Art. 78 — 81.

2) *Böhmer* Medd. ad art. 140. §. 3., ad Carpz. qu. 32. obs. 1. Feuerbach §. 38. Salchow Darſtellung I. S. 50. Martin §. 45. Marezoll §. 24. Vgl. Fichte Naturrecht S. 82.

fordert, daß bei der Vertheidigung eines an ſich erſetzlichen Rechts wenigſtens kein unerſetzliches Recht des Angreifers verletzt werde [1]). Gewiſſermaßen den Uebergang zwiſchen dieſen beiden Anſichten bildet die [2]), wornach zwiſchen erſetzlichen und unerſetzlichen Rechten zwar nicht abſtrakt unterſchieden, immer aber doch ein im konkreten Fall drohender bedeutender (oder doch nicht ganz unbedeutender) Schaden erfordert werden ſoll. -- Eine beſondre Modification der Beſchränkung der Eigenthumsnothwehr, welche ſich bei Luden [3]) a. a. O. findet, wird beſſer erſt weiter unten zu erwähnen ſeyn. — Im Gegenſatze gegen alle dieſe Anſichten behaupten dann Andre [4]), daß es auf den Inhalt des angegriffenen Rechts, ſelbſt wenn es nur durch Tödtung des Angreifers geſchützt werden könne, nicht ankomme. — Letztere haben aber offenbar Recht, ſobald es mit dem hier angenommenen Principe der Nothwehr ſeine Richtigkeit hat, wie dies auch beſonders Heffter treffend hervorhebt. Sander und Zachariä haben den entgegengeſetzten Behauptungen ganz richtig entgegengehalten, daß die auf ein Verhältniß des bedrohten Rechts auf der einen und des verletzten Rechts auf der andern Seite rekurrirende Theorie mit der ganzen Grundlage des Nothwehrrechts in Widerſpruch geräth (wobei man

---

1) Tittmann Handb. I. S. 273. 274.; ſ. aber auch Note p.

2) *Koch* Inst. jur. crim. §. 449. *Damhouder* cap. 78. nr. 4. *Paalzow* Comp. S. 313.

3) Handbuch I. S. 296.

4) *Leyser* Sp. 600. med. 17. *Püttmann* Elem. §. 321. Grolmann §. 25. not. d. §. 140. not. d. Werner Handb. §. 217. Roßhirt LB. §. 27. n. 8. 9. Abegg LB. §. 109. Heffter §. 43. n. 4. Wächter I. §. 51. Sander N. Arch. a. a. O. Zachariä ebend. 1841. S. 422 ff.

ja nie vergeſſen darf, daß dem Rechte das Unrecht gegenüberſteht, daß keineswegs, wie beim Nothſtande, eine Kolliſion vorhanden iſt, und daß endlich bei der Nothwehr ihrer Natur nach das für die Strafe giltige Princip der Wiedervergeltung nicht anſchlägt), — daß dabei ferner der Werth des die ganze Exiſtenz der Perſönlichkeit im ſocialen Leben bedingenden Eigenthumsrechts viel zu gering angeſchlagen wird, — daß endlich daſſelbe Argument ganz ebenſo auch auf die drohenden Verletzungen ſogenannter unerſetzlicher Rechte angewendet werden müßte, ſobald nur bei dieſen im beſondern Falle gleichfalls gezeigt werden könnte, daß nur ein ganz unbedeutender Theil des fraglichen Rechts den Gegenſtand des Angriffs gebildet habe (z. B. eine abzuſchneidende Haarlocke, ein kurzer Zwang zum Modellſtehen ꝛc.). Eine ganz andre Frage iſt es dann übrigens, ob ein in abstracto zur Nothwehr geeignetes Recht es auch unter allen Umſtänden in concreto ſei? dies wird unter 3) zu erörtern ſeyn. Genug, wenn vorläufig feſtgeſtellt iſt, daß das Eigenthumsrecht an und für ſich ſo gut, als die übrigen der Perſönlichkeit inhärirenden Rechte, durch Nothwehr geſchützt werden kann und muß, und daß die Anſicht, die ihm einen geringeren Werth zuſchreibt, ſchon wegen ihres Urſprungs aus der Theorie vom vermeintlichen Naturzuſtande nichts taugt [1]). — Was nun ferner die Ehre betrifft, ſo wird zwar im Ganzen wohl allgemein zugegeben, daß gegen Angriffe auf die Keuſchheit und gegen drohende Realinjurien Nothwehr zuläſſig ſei, dagegen verwerfen allerdings die Meiſten [2]) die Statthaftigkeit derſelben gegen

1) Sander a. a. O. S. 81.

2) Die Aelteren ſchränken die Nothwehr meiſt auf Realinjurien ein.

wörtliche und ſymboliſche Injurien, theils weil der Staat auf dem Wege des Rechts die verletzte Ehre wiederherzuſtellen vermöge, theils weil in ſolchen Injurien niemals ein ſolcher gegenwärtiger Angriff enthalten ſei, zu deſſen Abwehr die Verletzung des Andern als das geeignete Mittel erſcheinen könnte. Umgekehrt fehlt es jedoch auch nicht an älteren und neueren Kriminaliſten, welche der entgegengeſetzten Anſicht ſind [1]) und es keineswegs für unerlaubt halten, „Jemanden, der uns auch nur mit Worten injuriiren will, in dem Augenblick auf den Mund zu ſchlagen und ihm die Luſt dazu zu benehmen." In der That können auch die dagegen vorgebrachten Gründe nicht für ſtichhaltig erkannt werden. Zwar wird außer den angeführten noch der weitere, in jenen ſelbſt ſtillſchweigend verworfene, angegeben, daß gegen Verbalinjurien gar keine Nothwehr möglich ſei, weil dieſelben mit dem erſten Hervortreten der verbrecheriſchen Erſcheinung auch ſogleich vollendet ſeien, mithin die Nothwehr ſtets zur unerlaubten Rache ſich geſtalte [2]). Allein hiegegen iſt nicht nur das anzuführen, was weiter unten in Beziehung auf die Unbrauchbarkeit des Begriffs des vollendeten Verbrechens für die Lehre von der Nothwehr zu ſagen iſt, ſondern es iſt auch geradezu zu widerſprechen, daß eine Unterbrechung des Akts vor der Vollendung nicht denkbar ſei.

---

und zwar zum Beſten von Offizieren und Standesperſonen. S. die bei Wächter I. S. 89 Angef., ferner Püttmann §. 322. Feuerbach §. 38 not. c. u. Mittermaier not. 2 hinzu, nebſt den dort Angef., zu denen aber Wächter mit Unrecht gerechnet iſt; dazu Luden a. a. O. Marezoll S. 65.

1) S. Klein, Tittmann, Grattenauer, Grävell, Henke, bei Wächter I. S. 89 cit. Heffter §. 43. n. 4. Hermann z. ſächſ. Gb. S. 141. Hufnagel Komm. I. S. 221. Breidenbach Komm. S. 595. Abegg Unterſ. S. 113 ff.

2) Zachariä oben S. 440—442 cit.

ſ. S. 442. Iſt aber gegen ſolche Angriffe die Nothwehr wenigſtens unter Umſtänden möglich, ſo muß ſie auch zuläſſig ſein. Der Feuerbachiſche Gegengrund, daß hier Wiederherſtellung des verletzten Guts durch den Staat möglich ſei, taugt deshalb nichts, weil nur die in continenti bereite Staatshilfe das Recht der Nothwehr ausſchließen kann, andrerſeits aber gerade das ruhige Einſtecken der Injurie, wo man ihr hätte wehren können, ihr erſt die rechte, ſcharfe ehrverletzende Spitze geben würde, die in einem ſolchen Falle durch das hinterherkommende Urtheil des Staats in der öffentlichen Meinung nicht mehr würde abgeſtumpft werden können. Aber auch der andre, von Luden vorgebrachte, Gegengrund vermag nicht zu befriedigen, ja derſelbe erſcheint höchſt ſonderbar, da er die Wahrheit geradezu auf den Kopf ſtellt. Denn, ſolange die Ehre für das koſtbarſte Gut der Perſönlichkeit gilt, wird man ſicherlich ſtets der Anſicht bleiben, daß auch wörtliche und ſymboliſche Injurien ohne alle Frage, „ſolche gegenwärtige Angriffe ſeien, zu deren Abwehr die Verletzung des Angreifers als ein überaus geeignetes Mittel erſcheine.“ Unter den neueren Geſetzbüchern iſt es das Hannövriſche, welches die richtige Anſicht (Art. 78) am entſchiedenſten anerkennt. Das Wirtembergiſche, Heſſiſche und Braunſchweigiſche geſtatten die Nothwehr wenigſtens gegen gewaltthätige, mit Gefahr für die Ehre verbundene, Angriffe auf die Perſon ſelbſt, bei welcher Faſſung es allerdings ſchwierig ſeyn wird, die Zuläſſigkeit der Nothwehr gegen Verbalinjurien zu vertheidigen [1]), ſicherlich aber nicht zum Vortheil der Sache [2]).

1) Breidenbach Komm. S. 595. Hufnagel Komm. I. S. 220. 221. III. S. 132.

2) Ganz mit Recht ſagt Heffter, die Ausſchließung der Nothwehr

b) Die Frage, ob auch gegen einen ſchon vollbrachten Angriff Nothwehr oder ein Analogon davon noch zuläſſig ſei, wird wiederum bei Angriffen auf Eigenthum und Ehre praktiſch. Sicherlich wird man zunächſt an der Forderung feſthalten müſſen, daß der Angriff nicht ſchon völlig gelungen und das durch denſelben begründete drohende Verhältniß gänzlich wieder aufgehoben geweſen ſeyn dürfe. Denn das liegt im Begriffe der Nothwehr, daß ſie eben nur gegen eine noch nicht in die Exiſtenz getretene Rechtsverletzung ausgeübt wird. Mit Recht fordert daher die Doktrin einen dringenden (gegenwärtigen, unmittelbar bevorſtehenden) Angriff, und rechnet hiezu auch ausdrückliche oder ſtillſchweigende Drohungen, wenn die Erfüllung derſelben mit Wahrſcheinlichkeit erwartet werden konnte [1]). Die ſchwierige Frage iſt nun aber, wann der Angriff als beendigt angeſehen werden müſſe, ſo daß nun keine Nothwehr mehr dagegen zuläſſig ſei? Schon die gemeinrechtliche Geſetzgebung reflektirte hierauf für den Fall der Dejektion aus Immobilien, wogegen ſie in continenti geübte Privatgewalt als rechtmäßig zuläßt [2]) desgleichen ſorgen neuere Geſetze für den Fall des mit der geſtohlenen Sache entlaufenden Diebs [3]). Ob man mit Wächter dieſe Fälle ausdrücklich von der Nothwehr abſondert, oder nicht, iſt in der

---

gegen die Verletzung der Ehre ſei gegen die Forderungen der jetzigen Zeit und die Rechtsprincipien, die ſie nähren ſollten, — die Folge ſchwächlicher oder zu ängſtlicher Theorieen, welche ehmals herrſchten.

1) *Leyser* sp. 600 m. 28. Martin §. 45 III. Wächter I. S. 87. Heffter § 43. not. 6. Luden I. S. 293.

2) L. 3. §. 9. l. 17 D. de vi. Wächter I. S. 85.

3) Wirt. Straf-G.B. Art. 102. vgl. auch ſchon *Böhmer* Med. ad art. 140 §. 3. u. ad Carpz. qu. 32. obs. 1. Hufnagel I. S. 222. Hermann Beurth. das ſächſ. G.Bs. S. 143.

Sache ſelbſt gleichgiltig, da er für dieſelben das gleiche Princip anſpricht. Dagegen wollen Andre [1]) in jedem Falle, wo das Delikt des Angreifers vollendet ſei, die Nothwehr und ihr Princip ausdrücklich ausgeſchloſſen wiſſen. Es iſt jedoch ganz mit Recht bemerkt worden [2]), daß der Moment der Vollendung des Delikts nicht entſcheiden könne, weil aus ſeiner geſetzlichen Feſtſetzung noch nicht folge, daß nunmehr gegenüber den Rechten des Verletzten die gänzlich vollendete Rechtsverletzung in ebenderſelben Form der Handlung liege, daß vielmehr die Vertheidigung einer Sache gerade ſo weit gehe, als die Möglichkeit, darüber körperlich zu verfügen, die Unzuläſſigkeit der Nothwehr mithin erſt dann eintrete, wenn während eines erkennbaren dazwiſchenliegenden Zeitraums der Eigenthümer gänzlich aus dem Beſitz geſetzt, die Rechtsentziehung wirklich beendigt geweſen ſei, nicht aber, ſolang der wahrſcheinliche Rechtsverluſt in continenti noch abgewehrt werden könne. Aus demſelben Grunde wäre dann, ſelbſt unter der Vorausſetzung, daß Verbalinjurien keinen Verſuch und darum keine Nothwehr zulaſſen, dennoch wenigſtens zur Abwendung weiterer dergleichen erſt bevorſtehender Injurien die Nothwehr zu geſtatten [3]).

ad 2) treten die beſondern Fragen hervor: a) ob auch gegen Maßregeln der öffentlichen Gewalt Nothwehr zuläſſig ſei? b) ob auch gegen einen Unzurechnungsfähigen oder einen im Nothſtande Befindlichen? c) ob der ungerechte Angriff auch unverſchuldet geweſen ſeyn müſſe? — ad a) So gewiß von einer rechtmäßi-

---

1) Luden Hdbuch. I. S. 293.

2) Sander N. Arch. 1841. S. 90—98. Zachariä ebend. S. 427. not. * Heffter §. 44. not. 3.

3) Hufnagel I. S. 221.

gen Nothwehr nicht die Rede ſeyn kann, wenn der Angreifer ein Recht zu ſeinem Angriffe hatte, ſo gewiß kann auch gegen obrigkeitliche Perſonen, wenn dieſes Moment bei ihnen nicht zutrifft, ebenſowohl Nothwehr ausgeübt werden, als gegen Privatperſonen [1]). Es iſt daher keineswegs zu billigen, wenn das Wirt. Straf=G.B. Art. 174 den Widerſtand gegen geſetz= und ordnungs=widriges Verfahren der Obrigkeit nur dann für ſtraf=los erklärt, wenn der ungerecht Bedrängte mit einem unerſetzlichen Nachtheil bedroht geweſen ſei. Denn die Behauptung, daß die Nothwehr überhaupt die Bedro=hung mit einem ſolchen Nachtheile vorausſetze, iſt un=richtig, da ſie vielmehr gegen jeden ungerechten Angriff, gegen welchen im Augenblick keine Staatshilfe zu Ge=bot ſteht, zuläſſig iſt. Jene Behauptung iſt um ſo ver=werflicher, wenn ſie vollends ſo weit geht, einen Un=terſchied zwiſchen Gebildeten oder Vornehmen einer=, und Mindergebildeten oder Geringeren andrerſeits auf=zuſtellen, wornach gegen letztere Angriffe auf Freiheit und Ehre für erlaubt gelten ſollen, die es gegen er=ſtere nicht ſeien. Vielmehr, wenn Nothwehr gegen obrigkeitliche Perſonen überhaupt zuläſſig iſt, ſo muß ſie auch gegen jeden ungerechten Angriff derſelben geſtattet ſeyn, wobei ſich dann von ſelbſt verſteht, daß hier, wie überall, die Grenzen der Nothwehr nicht überſchritten werden dürfen. Es kann ſich daher nur fragen, in wel=chen Fällen überhaupt von einem ungerechten Angriff von Seiten der Obrigkeit die Rede ſeyn könne? Darauf muß aber unbedenklich geantwortet werden, daß dies

---

1) *Leyser* sp. 590. m. 9. *Böhmer* ad Carpz. qu. 35 obs. 8. Henke I. S. 207. Heffter §. 43. not. 5. Martin §. 45. not. 9. Jarcke I. S. 149. Marezoll S. 63. not 3.

überall der Fall ſei, wo eine unzuſtändige Obrigkeit in Handlung iſt oder eine zuſtändige Obrigkeit eine materiell geſetzwidrige Anordnung durchſetzen will. Ganz verwerflich iſt die alle Rechtsgrundſätze auf den Kopf ſtellende Behauptung [1]), daß es der Obrigkeit gegenüber gar keine gerechte Nothwehr gebe, weil ſie den Satz enthält, daß auch eine unzuſtändige oder materiell geſetzwidrig handelnde Obrigkeit in ihrem Rechte ſei. Damit wäre begreiflich alle ſtaatsbürgerliche Freiheit über den Haufen geworfen [2]), und dies wäre ein viel größeres Unglück, als das vermeintliche Unglück, daß im Gegentheil die Revolution legaliſirt wäre. Denn es verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß die Gefahr des geſetzwidrigen Handelns von Seiten der mit der Macht Bekleideten viel größer iſt, als von Seiten der Bürger, die wegen jeder irrigen Ausübung oder Ueberſchreitung des Rechts auf bloß verfaſſungsmäßigen Gehorſam Strafe zu erwarten haben. Und ſehr richtig ſagt Hufnagel [3]), ganz gewiß werde die Würde der Staatsgewalt mehr aufrecht erhalten, wenn man annehme, daß ſie ihren ungerecht handelnden Diener desavouire, daß ſie ihn in einem ſolchen Akte gar nicht als ihren Agenten beachte, als wenn man annehme, ſie wolle ihn auch jetzt noch als ihr Organ reſpektirt wiſſen. Selbſt das kann nicht gebilligt werden, wenn Luden [4]) ſagt,

---

1) v. Jagemann N. Arch. 1842 S. 599; dagegen Zachariä ebend. 1843 S. 355—376.

2) Zachariä Staatsrecht I. S. 251. Mohl Staatsrecht I. S. 323 ff. vgl. die franzöſ. Literatur bei Mittermaier not. 9 zu Feuerbach §. 201.

3) Kommentar III. S. 229. vgl. Schlözer Staats-R. S. 195 ff. Feuerbach Antihobbes S. 92 ff.

4) Handb. I. S. 300 vgl. Grattenauer S. 75. und Henke I.

die öffentliche Gewalt habe ſtets die Präſumtion der Rechtmäßigkeit für ſich, und eine Ausnahme finde nur dann ſtatt, wenn ihre Diener eine Gewalt anwenden, die ſich ſchon ihrer Form nach als eine unbefugte und verbrecheriſche erweiſe. Soll nämlich damit geſagt ſeyn, daß alle Handlungen der Obrigkeit, die nur in nicht verbrecheriſcher oder unbefugter Form vorgenommen werden, als rechtmäßig zu betrachten ſeien (und etwas Andres kann wohl der Verfaſſer nicht meinen), ſo iſt die Lehre kaum minder verwerflich, als die vorhin angeführte. Was ſoll man aber überall von einem Staate halten, der ſich hinter ſolche Präſumtionen flüchten muß, hinter Präſumtionen, die das Geſtändniß enthalten, daß ſeine Organe materiell unrechtlich verfahren, und daß er auf's höchſte gefährdet wäre, wenn einmal geſtattet würde, daß dieſem Unrecht ſein Recht widerführe? Unbequem für die Funktionäre der vollziehenden Gewalt iſt ohne Zweifel der Grundſatz, daß ihrem Unrechte der Bürger Widerſtand entgegenſetzen dürfe; allein dieſer Grundſatz iſt die nothwendige Folge der Anerkennung ſtaatsbürgerlicher Freiheit. Wo dieſe wirklich beſteht, da zeigt die Erfahrung, daß man ihr auch vertrauen darf und daß ſie ſelbſt die beſte Wäch-

---

S. 207. Auch Zachariä N. Arch. 1843. a. a. O. macht a. E. Konceſſionen, die um ſo weniger gebilligt werden können, als ſie mit dem, was er ſelbſt S. 370. 371 ausſpricht, in Widerſpruch ſtehen. Denn zur geſetzlichen Form der Handlung gehört doch gewiß auch ihre Vornahme durch die zuſtändige Behörde. Das Erforderniß von dolus oder culpa lata auf Seiten des Beamten iſt aber unrichtig, da der Angriff bei der Nothwehr keineswegs ein ſubjektiv ungerechter ſeyn muß (ſ. ſogleich ad b). Ebenſowenig braucht ein unerſetzlicher Nachtheil zu drohen. Genug, wenn der unzuſtändige Beamte trotz der Proteſtation mit poſitiver Gewalt einen Befehl ausführen will, wodurch der Bürger mit einer unmittelbaren, nicht anders mehr abzuweiſenden Rechtsverletzung bedroht wird.

terin der Geſetze iſt; das Gefährliche iſt nur die Halbheit, womit eine feigherzige Politik ſie einerſeits anerkennen und andrerſeits doch von mißtrauiſcher Bevormundſchaftung nicht laſſen will. Doppelt gefährlich, weil man dann eben ſolche Präſumtionen aufſtellen muß, die in dem ganzen politiſchen Syſteme kein Fundament mehr haben, und daher ihre Widerſinnigkeit an der Stirne tragen. Uebrigens iſt hier nicht einmal von dem ganzen Umfang der Frage über den bloß verfaſſungsmäßigen Gehorſam die Rede, ſondern nur davon, daß der Bürger gegen eine obrigkeitliche Perſon, welche einen widerrechtlichen Akt trotz ſeiner Proteſtation gegen ihn durchſetzen will und ihn damit in einem Falle, wo er keiner bereiten Staatshilfe ſich zu gewärtigen hat, mit einer unmittelbaren Rechtsverletzung bedroht, Nothwehr gebrauchen dürfe. Dies iſt ſogar nicht bloß ein Recht des Bürgers, ſondern ſeine heilige Pflicht, da er durch die Nichtausübung ſeines Rechts dazu helfen würde, das abſolut nichtige Unrecht zur Exiſtenz kommen zu laſſen.

ad b) iſt nicht einzuſehen, wie Martin [1]) behaupten mag, daß der zur Nothwehr berechtigende Angriff von einem Zurechnungsfähigen ausgehen müſſe. Denn dieſer ungerechte Angriff braucht keineswegs ein ſubjektiv verbrecheriſcher zu ſeyn, wie denn auch die Nothwehr keineswegs mit der Strafe identiſch iſt. Ihr Recht tritt überall ein, wo der Staat, ſei es als Juſtiz- oder Polizeigewalt, nicht im Stande iſt, eine der Perſönlichkeit unmittelbar drohende Rechtsverletzung abzuwenden. Da nun eine ſolche auch von Seiten eines

---

1) Lehrb. §. 45 not. 4; ſ. dagegen Luden I. 301. not. 17. Hufnagel III. S. 131.

Nichtzurechnungsfähigen drohen kann, ſo muß das Recht der Nothwehr auch hier Platz greifen. Wenn dagegen Luden auch von Nothwehr gegen einen im Nothſtande Befindlichen ſpricht, ſo mag eine ſolche Inkonſequenz freilich nothwendig ſeyn, wenn man einmal den Begriff des Nothſtands ſo exorbitant ausdehnt, wie es gewöhnlich geſchieht. Schränkt man ihn aber in ſeine richtigen Grenzen ein (ſ. §. 154), ſo iſt klar, daß ein Angriff auf fremdes Eigenthum, wodurch das abſolute Recht des Lebens ſich geltend macht, kein ungerechter und eben darum keine Nothwehr dagegen geſtattet ſeyn kann. —

ad c) iſt die früher oft vertheidigte Behauptung [1], daß der Angriff unverſchuldet geweſen ſeyn müſſe, jetzt wieder von Luden [2]) vorgebracht. Die Konſequenz davon iſt, daß dem Duellanten, dem auctor rixae gegenüber vom auctor pugnae, ſowie dem, welcher den Ort aufſuchte, wo er wußte, daß ihn ein Angriff erwarte, endlich gegenüber einem Exceß der Nothwehr das Recht der Nothwehr ſchlechthin abgeſprochen wird. Allein der Grund, daß man ſich in ſolchen Fällen den Angriff durch culpa zugezogen habe, iſt nicht entſcheidend. Zwar kann ohne Zweifel in den fraglichen Fällen die Beſtrafung derjenigen Handlung, wodurch man den Angriff gegen ſich veranlaßte, falls ſie ſtrafbar iſt, nicht ausbleiben; allein darum bleibt dieſer Angriff doch ein ungerechter und deshalb die Abwehr deſſelben rechtmäßig, daher von einer Anwendung des Begriffs der culpa (den freilich Luden unrichtig beſtimmt) keine Rede ſeyn kann [3]).

---

1) ſ. Literatur bei Wächter I. S. 86.

2) Handb. I. S. 301. not. 18.

3) *Leyser* sp. 600. med. 18. 19. *Böhmer* Med. ad art. 140. §. 1. 2. ad art. 144 §. 3. Marezoll S. 63. not. 3. Hufnagel III. S. 131. Abegg L.B. S. 170.

Mit Recht ſind denn auch ſämmtliche neueren Geſetzgebungen der entgegengeſetzten Anſicht.

ad 3) Weſentliche Vorausſetzung iſt jedoch, daß der drohende Angriff durch unſchimpfliche Flucht oder obrigkeitliche Hilfe nicht abgewendet werden konnte [1]). Nur muß mit dieſem Requiſite nicht, wie von Luden geſchieht, die gar nicht zu den Bedingungen der Nothwehr gehörige Frage über die moderatio tutelae in gleiche Linie geſetzt werden. Sodann aber ſucht Luden [2]) an das gedachte Requiſit die ſchon oben beſprochene Beſchränkung der Eigenthumsnothwehr anzuknüpfen. Weil nämlich Vermögensrechte ihrer Natur nach erſetzbar ſeien, ſo könne nicht angenommen werden, daß bei einem Angriffe auf dieſelben das fragliche Requiſit vorhanden ſei. Damit geht er viel weiter, als diejenigen, welche nur bei Angriffen auf ganz geringfügige Vermögensobjekte, oder überhaupt auf in concreto erſetzliche Vermögensrechte das Recht der Nothwehr ausſchließen [3]). Indeſſen glaubt er den ſehr gegründeten Einwendungen, welche hiegegen zu machen und ad 1) angegeben worden ſind, durch eine Seitenwendung entgehen zu können, freilich durch eine Wendung, wobei ſein allgemeiner Satz großentheils unpraktiſch und der richtigen Anſicht eine relativ größere Konceſſion gemacht wird, als von den ad 1) angeführten Gegnern. Er giebt nämlich zu, daß auch bei Angriffen auf Vermögensrechte Nothwehr immer zuläſſig ſei, wenn zugleich Gefahr für Leib oder Leben vorliege, daß dies aber immer der Fall ſei, wenn der Benöthigte jenem

---

1) Bair. Gb. Art. 127. Sächſ. Gb. Art. 70. Wirt. Gb. Art. 103. Heſſ. Gb. Art. 48. Braunſchw. Gb. Art. 166.

2) Handb. I. S. 294—298.

3) Vgl. auch das Wirt. Straf-Gb. Art. 103.

Angriff Widerſtand (uneigentliche Nothwehr) [1]) entgegenſetze, dieſem Widerſtande aber der Angreifer ſich nicht fügen wolle, indem er dem Angegriffenen entweder den Beſitz gewaltſam zu entreißen oder denſelben gewaltſam zu hindern ſuche, ſich wieder in den verlorenen Beſitz zu ſetzen. Damit iſt aller Streit über die Fälle, wenn der Eigenthümer bei dem Angriffe auf ſein Beſitzthum gegenwätig iſt und ſich dem Angriffe widerſetzt, abgeſchnitten; und es handelt ſich nur noch um die Fälle, wenn der Angreifer der vom Angegriffenen unternommenen Vertheidigung durch die Flucht mit den genommenen Sachen zu entkommen ſuchte, oder wenn der Angegriffene ſich auf gar keine Vertheidigung ſeines Beſitzthums eingelaſſen hatte. Indeſſen kann auch dieſe Unterſcheidung nicht befriedigen. Denn es iſt eine höchſt willkührliche Zumuthung an den Eigenthümer, daß er, um das Recht der Nothwehr zu erhalten, ſich erſt in perſönlichen Kampf mit dem Angreifer einlaſſen und ſich hiemit der Gefahr ausſetzen ſoll, anticipando von ihm niedergeſtochen zu werden. Vielmehr muß man mit Sander [2]) ſagen: entweder iſt jeder Angriff auf das Eigenthum in Gegenwart des Eigenthümers an und für ſich ſchon ein Angriff auf ſeine Perſon, — dann braucht der Eigenthümer nicht erſt durch Anwendung uneigentlicher Nothwehr den Fall der eigentlichen herbeizuführen; oder es war nach den Umſtänden des Falls eine Gefahr für die Perſon nicht vorhanden, — dann werden die Grundſätze über den excessus defensionis ausreichen, wie ſie ja auch ausreichen müſſen, wenn auf einen ganz unbedeutenden Angriff gegen ein andres Recht Tödtung erfolgt. Freilich iſt nun im

1) Vgl. Marezoll. S. 64. 65.
2) N. Arch. 1841. S. 78.

zweiten Fall dieſer Alternative vorausgeſetzt, daß eben nur ein geringes Eigenthumsſtück in Frage ſei. Allein Sander braucht das Dilemma auch nur, um zu zeigen, daß die vermeintliche Gefahr bei der Eigenthumsnothwehr nicht groß ſei, ſobald man nur die Grundſätze über den excessus defensionis im Auge behalte. Es kann jedoch auch der Fall ſeyn, daß ein bedeutender Werth bedroht, gleichwohl aber für Leib oder Leben des Eigenthümers keine Gefahr vorhanden iſt, weil ihn etwa die Diebe in ſein Zimmer eingeſchloſſen haben, um ſelbſt ſeiner uneigentlichen Nothwehr zuvorzukommen [1]. Hier darf nach der gewöhnlichen Lehre der Eigenthümer zur Nothwehr greifen, ſobald er nicht mit Wahrſcheinlichkeit auf Erſatz rechnen konnte, — nach Ludens Anſicht dagegen darf er es nicht. Im Hinblick auf ſolche Fälle kann man denn auch nicht mit der ganz allgemein geſtellten Behauptung von Sander [2]) übereinſtimmen, daß bei jedem drohenden oder in der Ausführung begriffenen Angriffe auf das Eigenthum nothwendig auch eine Drohung gegen den gegenwärtigen Eigenthümer vorliege, — welche Behauptung ohnedies dem Hauptſatze Sanders, daß der Werth des Eigenthumsrechts dem Werthe aller übrigen Rechte der Perſönlichkeit gleich ſei, die Spitze abbricht. Sander zeigt ſehr treffend, daß die Beſchränkung der Eigenthumsnothwehr, neben der Geſtattung der ſchrankenloſen Vertheidigung der Perſon, eine wahre Falle für den Angegriffenen ſei. Gerade dieſelbe Halbheit, die hier getadelt wird, liegt auch in der Anſicht von Luden. Man kann zwiſchen beiden entgegengeſetzten Principien nicht in der Mitte ſtehen bleiben. Entweder muß man

1) Zachariä ebend. S. 427.
2) A. a. O. S. 86 ff.

den Grundſatz annehmen, daß das Eigenthum, wie die Perſon, vertheidigt werden dürfe, und gegen die Gefahr des Mißbrauchs ſich an die Grundſätze über die Ueberſchreitung der Grenzen der Nothwehr halten, — oder man hält mit Luden das Eigenthum für ein zur Nothwehr nicht geeignetes Recht: dann muß man nicht auf künſtlichem Wege wieder die Zuläſſigkeit der Nothwehr auch für den zunächſt nur im Eigenthum Angegriffenen herausbringen wollen. Die zweideutige Verweiſung des Eigenthümers auf die Nothwehr für ſeine Perſon taugt nichts, weil ſie eben ſo zweideutig, weil es bei Angriffen auf das Eigenthum ſo ſchwer zu entſcheiden iſt, ob damit zugleich die Perſon bedroht wird oder nicht; ferner taugt ſie nichts für die von Zachariä S. 427 angeführten Fälle. Noch viel ſchlimmer iſt aber die Zumuthung, welche Luden dem angegriffenen Eigenthümer macht. Zunächſt läßt auch ſie das Eigenthum (und zwar auch das unerſetzliche) ſchutzlos in allen Fällen, wo der Eigenthümer die uneigentliche Nothwehr nicht ausüben kann oder will, weil er etwa gebrechlich oder von den Dieben eingeſperrt iſt, oder weil er ſich nicht traute, mit ihnen handgemein zu werden. (Zwar ſoll nach Luden bei der Frage, ob ein Fall rechter Nothwehr vorhanden geweſen, es nur darauf ankommen, ob die Vorausſetzungen derſelben in der Vorſtellung des Handelnden gelegen haben, aber hinterher wird doch wieder geſagt, daß der Richter den Beweis aus allen Umſtänden des Falls zu entnehmen habe.) Eben deshalb iſt ſie denn auch ohne Zweifel in hohem Grade unpraktiſch, ſofern ſie das Eigenthum gerade in denjenigen Fällen preisgiebt, in welchen es des Schutzes am meiſten bedürfte. Denn die Ausübung der eigentlichen Nothwehr iſt abhängig gemacht von der vorherigen Aus-

übung der uneigentlichen; es iſt aber klar, daß letztre, wenigſtens in der Regel, nur dann ſtattfinden wird, wenn der Eigenthümer keine ernſtliche Gefahr für ſeine Perſon beſorgen zu müſſen glaubt; nach jener Anſicht iſt alſo die Nothwehr ausgeſchloſſen, wo ſie am meiſten Bedürfniß wäre, dagegen zugelaſſen, wo ſie in der Regel als überflüſſig hinwegfallen wird. Uebrigens ſcheint Luden gar nicht bedacht zu haben, daß er als Requiſit der rechten Nothwehr aufſtellt: daß der rechtswidrige Angriff nicht von dem Angegriffenen ſelbſt hervorgerufen ſeyn dürfe. Offenbar wäre ja dies hier hinſichtlich des Angriffs auf die Perſon der Fall; denn man könnte dem Eigenthümer, der ſich auf Nothwehr beriefe, ſtets entgegnen: er hätte nur den Dieb dürfen ruhig ſtehlen laſſen; er habe nicht nöthig gehabt den Dieb anzugreifen, der ihn ſeinerſeits nicht perſönlich angegriffen haben würde; ſeine eigene Schuld ſei es alſo, in die kritiſche Lage gekommen zu ſeyn. — Uebrigens iſt wohl zu bemerken, daß unter Staatshilfe nur zeitige, d. h. behufs der Abwehr des Angriffs noch zu erlangende gemeint iſt [1]). Andrer Meinung müſſen natürlich Feuerbach u. A. ſeyn, welche die Ehre oder das erſetzbare Eigenthum aus dem Grunde ausſchließen, weil eine Wiederherſtellung durch den Staat möglich ſei. Die oben angeführten Geſetzbücher gebrauchen in der Regel die weitere Faſſung: es dürfe nicht Zeit und Gelegenheit zu anderen, dem Angegriffenen nicht unbekannten, Mitteln vorhanden geweſen ſeyn, durch welche derſelbe ohne Gefahr dem Angriffe ſich zu entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit zu bringen oder ſonſt die Abſicht des Angreifers zu vereiteln vermocht haben würde [2]).

1) Martin §. 45. not. 11. Marezoll S. 64. not. 2.
2) Vgl. noch Richter Philoſ. Straf-R. S. 135—138.

§. 191.

Wo dieſe Bedingungen nicht vereint vorhanden ſind, da iſt das Recht der Nothwehr überhaupt nicht begründet. Wo ſie es aber ſind, da findet dieſes Recht nicht nur für den unmittelbar Bedrohten, ſondern auch für jeden Dritten zur Vertheidigung der Rechte eines ungerecht Angegriffenen in der Weiſe ſtatt, daß nöthigenfalls bis zur Tödtung des Angreifers gegangen werden darf und ſelbſt die Verletzung eines unſchuldigen Dritten als entſchuldigt gilt. Gleichwohl hat dies Recht auch ſeine Grenzen, bei deren Ueberſchreitung die Handlung ſtraflos zu ſeyn aufhört. Es darf nämlich 1) die Nothwehr nur ausgeübt werden, ſo lange die Rechtsentziehung nicht durchaus vollendet iſt, welcher Moment übrigens nicht mit dem der Vollendung des begangenen Delikts identiſch, ſondern erſt dann anzunehmen iſt, wenn der Angreifer nach geglücktem Unternehmen der Behufs der Vertheidigung vorgenommenen [1]) Verfolgung ſich entzogen hat. 2) Der Gebrauch der Vertheidigungsmittel darf nicht weiter ausgedehnt und kein gefährlicheres Vertheidigungsmittel gebraucht werden, als unter den Umſtänden, in welchen der Angegriffene ſich zur Zeit des Angriffs befand, nothwendig erſchien. Sind dieſe Grenzen überſchritten worden, ſo iſt ein Exceß der Nothwehr vorhanden, der entweder dolos oder kulpos ſeyn kann, in beiden Fällen aber eigenthümliche Strafbeſtimmungen erfordert, weil jedenfalls der Zuſtand des in den Stand der Nothwehr Verſetzten die Intenſität der Schuld in der mittelſt des Exceſſes begangenen widerrechtlichen Handlung viel geringer erſcheinen läßt, als wenn dieſelbe Handlung nicht im Stande der Nothwehr begangen worden wäre. Nicht daſſelbe kann ſchlechthin von dem Falle geſagt werden, wenn zur Noth-

1) Durch dieſe Beſtimmung iſt klar ausgedrückt, daß die ganze Bemerkung ſich nur auf die Eigenthums-Nothwehr bezieht. S. §. 190. Anm. ad 1) Heffter §. 44. not. 3.

wehr geſchritten wird, ohne daß ihre Bedingungen vorhanden waren, wiewohl auch hier aus den analogen Umſtänden ſich meiſtens Gründe ergeben werden, welche die Rechtsverletzung von der ſubjektiven Seite als geringer erſcheinen laſſen.

Anm. — Schon um des zuletzt angeführten Unterſchieds willen iſt es dringend nöthig, die Fälle, wo die Bedingungen der Nothwehr nicht vorhanden ſind, von den Fällen der Ueberſchreitung ihrer Grenzen gehörig zu ſondern, was nicht immer gehörig geſchieht [1]). Bei Heffter ſind zwar die Fälle richtig auseinander gehalten; dagegen verlangt er mit Unrecht für beide ſchlechthin dieſelbe Behandlung [2]). Wenn nun hierin Feuerbach (§. 39. Note a.) das Richtige angiebt, ſo geht er doch wieder darin zu weit, daß er bei bloß vermeintlicher Nothwehr gar keine Entſchuldigung gelten laſſen will [3]). Offenbar richtiger verlangt auch hier das wirtembergiſche GB., daß der Richter auf die Umſtände Rückſicht zu nehmen habe [4]). — Die Bemerkung, daß eigene Strafbeſtimmungen für beiderlei Fälle gegeben werden ſollten, rechtfertigt ſich aus der Schwierigkeit, ſie unter die gewöhnlichen Normen über doloſe oder kulpoſe Tödtung, Körperverletzung ꝛc. zu ſubſumiren, wie denn in Folge der Unterlaſſung dieſer Fürſorge im wirt. GB. alsbald in der wirtembergiſchen Praxis ſich Uebelſtände herausgeſtellt haben [5]), wogegen das heſſiſche GB. die gedachte Lücke ausgefüllt hat. — Das Recht, einem Dritten im Stande der Nothwehr Befindlichen beizuſpringen, ergiebt ſich

1) S. Feuerbach §. 38. Luden I. §. 45. Wirt. GB. Art. 103.
2) LB. §. 45. Vgl. dagegen Grattenauer Nothwehr S. 149 ff. Henke I. §. 34. Wächter I. §. 52.
3) Vgl. auch Marezoll S. 56. n. 2.
4) Hufnagel I. S. 223. Vgl. Abegg LB. S. 171.
5) Hufnagel III. S. 132—134. Vgl. Breidenbach S. 532 Note.

aus ihrem Begriffe von ſelbſt. Denn die Antinomie, deren Löſung in dem Rechte der Nothwehr liegt, iſt nicht nur für den unmittelbar Angegriffenen vorhanden, ſondern eine objektive, d. h. ſie iſt für Jeden vorhanden, der bei einem ungerechten Angriffe gegenwärtig iſt, welchem der Bedrohte in Ermanglung bereiter Staatshilfe nicht anders, als durch gewaltſamen Widerſtand, ausweichen kann. Das Weſentliche iſt die Rechtmäßigkeit der in ſolchem Fall ausgeübten Privatgewalt überhaupt, welche auf eigenthümliche Weiſe die Stelle des Staats vertritt. Dagegen iſt es gleichgiltig, von wem ſie ausgeübt wird, da die weſentlichen Momente der Sache, d. h. das abſolute Unrecht, das ſich geltend machen will, und die Unmöglichkeit ſeiner Verhinderung durch den Staat, hiemit die Nothwendigkeit, es durch Privatgewalt zu verhindern, in beiden Fällen vorliegen [1]). Wenn viele Kriminaliſten das fragliche Recht nicht unter die Kategorie der Nothwehr ſtellen, ſo hat dies in der Regel nur ſeinen Grund in ihrer Anſchließung an die P.G.O., während die neueren Geſetzgebungen ihm unbedenklich die richtige Stellung geben. Luden [2]) hat zwar ſeine frühere Anſicht über das fragliche Recht, in Folge der von Zachariä erhobenen Einwendungen, großentheils zurückgenommen. Allein auch jetzt noch bleibt er bei der irrigen Behauptung, daß die Nothwehr auf Verletzungen zur Abwendung eigener Gefahr beſchränkt ſei. Noch entſteht weiter die Frage, ob der Dritte das Recht der Nothwehr nur auf Anrufen des Angegriffenen habe, oder ob er demſelben von freien Stücken beiſpringen dürfe? Unzweifelhaft ſpricht Letzteres das heſſiſche G.B.

---

1) Vgl. Temme Kritik des preuß. Entw. S. 159.

2) Abh. II. S. 492. Handb. I. S. 297. Note 10. Vgl. N. Arch. 1841. S. 435.

Art. 50 aus; es liegt aber ſicherlich auch im Art. 104 des wirtemb.; und ſelbſt das iſt beiden gleich, daß der Beiſpringende nicht zu unterſuchen braucht, ob der Angegriffene im Stande geweſen ſei, ſich ſelbſt zu vertheidigen oder nicht [1]). Wie ſehr auch dies dem praktiſchen Bedürfniſſe gemäß iſt, zeigt der (auch von Zachariä angezogene) Fall, welchen v. Strombeck in Hitzig's Annalen XVI. S. 126—134 mitgetheilt hat. Daß übrigens der Beiſpringende nur dann das Recht der Nothwehr für ſich hat, wenn er nicht bloß glaubt, daß der Andre in Noth ſei, daß vielmehr dies auch wirklich der Fall ſeyn muß, verſteht ſich von ſelbſt [2]), wiewohl es auch ſchon geläugnet wurde.

2) Die Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat.

§. 192.

a) Sofern das Verbrechen weſentlich nur als Geſetzesübertretung zur Exiſtenz kommt, ſetzt es auch immer ein beſtimmtes Geſetz, und — da beſtimmte Geſetze an beſtimmte Staaten gebunden ſind, — das beſtimmte Geſetz eines beſtimmten Staats voraus. So gewiß das Recht ſeiner Idee nach ein Allgemeines iſt, ſo gewiß iſt es ſeiner Erſcheinung nach poſitives, in verſchiedenen Staaten verſchieden beſtimmtes, beſonderes Recht. Dieſe nothwendige Individualiſirung des Rechts nach dem Princip der Territorialität ſteht nun keineswegs der Idee eines Weltbürgerrechts im Wege, da es damit wohl vereinbar iſt, den Angehörigen fremder Staaten im Inlande denſelben Rechtsſchutz zu gewähren, wie den Bürgern des eigenen Staates, ja ſogar dieſelben in manchen

1) Anderer Meinung Hufnagel III. S. 135, der auch wohl mit Unrecht ſagt, daß Temme's Anſicht auf jene Sätze führe, da ſie vielmehr geradezu auf die Nothwendigkeit des Anrufens führt.
2) Vgl. Hufnagel a. a. O. Breidenbach S. 624.

Hinſichten nach den Geſetzen ihrer Heimath rechtlich zu behandeln. Allein dieſes internationale Recht muß auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts beſchränkt bleiben, da es nur für dieſes Sinn hat, die territoriale Beſonderheit des Staates relativ negativ zu ſetzen und die Idee des Weltbürgerrechts an die Stelle treten zu laſſen. Ganz anders verhält es ſich jedoch mit dem ſtaatsrechtlichen Kreiſe, in welchem dem Staate gerade die territoriale Beſonderheit unbedingt weſentlich iſt. Hier kann der Staat ſchlechthin kein andres Geſetz anerkennen, als das ſeinige, das eben ſein individuelles Leben, wodurch er beſtimmter Staat iſt, ausdrückt. Eben daraus folgt aber auch, daß er andre beſtimmte Staaten in derſelben ausſchließlichen Individualität anerkennen muß. Dieſe Abſchließung im Kreiſe des öffentlichen Rechts ſteht aber mit der Idee des Weltbürgerrechts um ſo weniger im Widerſpruch, als in dieſer eben nur dies liegt, daß der Menſch, wo er auch ſeine Heimath habe, in jedem Staate Rechtsſchutz, d. h. Anerkennung als freie Perſönlichkeit finden müſſe, nicht aber auch, daß die ſpecifiſchen Staatsfunktionen und die beſondern Verfaſſungs- und Verwaltungsgrundſätze des konkreten Staats ſich in ihrer Anwendung auf Auswärtige modificiren müßten. Dieſe ſtehen vielmehr ſchlechthin unter dem Princip der Territorialität, in dem doppelten Sinne, daß ſie in dem betreffenden Gebiete ausſchließliche, und daß ſie über daſſelbe hinaus keine Geltung haben. Dem Völkerrechte iſt hier dadurch genügt, daß jeder Staat die betreffenden Einrichtungen hat und den Fremden nicht ſchlechter behandelt, als den Einheimiſchen; denn weiter erſtreckt ſich jenen ſpecifiſchen Staatsfunktionen gegenüber das abſolute Menſchenrecht nicht. Zu den ſpecifiſchen Staatsfunktionen gehört nun aber insbeſondre die Verwaltung der Strafgerechtigkeit, die ſich hiemit auf das konkrete Staatsgebiet zu beſchränken und die individuelle Beſonderheit andrer Staaten zu re-

ſpektiren hat. Die weſentliche Beſtimmung dieſer Staatsthätigkeit iſt nicht, einem verletzten Privaten Genugthuung zu verſchaffen, ſondern vielmehr die höhere, die Subſtanz des Rechts aus ihrer Negation wiederherzuſtellen, welche Subſtanz aber für den konkreten Staat nur in der Erſcheinung ſeines poſitiven, auf ſein Gebiet beſchränkten Rechts vorhanden iſt. So gewiß daher der konkrete Staat alle auf ſeinem Gebiete begangenen Verbrechen vor ſein Forum zu ziehen hat, ſo gewiß darf er dies mit keinem außerhalb deſſelben verübten thun, da er hiedurch in das Recht des betreffenden andern Staats eingreifen würde. Die Forderung des völkerrechtlichen Friedens iſt hinlänglich dadurch gewahrt, daß ein Staat dem andern diejenigen Perſonen, welche auf dem Gebiete des letzteren delinquirt haben, ausliefert oder, falls es ſeine eigenen Bürger ſind, deren Beſtrafung im Namen des berechtigten Staats übernimmt. Letzteres (die Nichtauslieferung des Angehörigen) rechtfertigt ſich nämlich dadurch, daß der Staat zu ſeinen Bürgern in einem urſprünglicheren Verhältniſſe ſteht, als der auswärtige. Dabei muß aber ſtets das im konkreten Fall mildere Geſetz zur Anwendung kommen, — das auswärtige deßhalb, weil nur dieſes das übertretene iſt, das einheimiſche deshalb, weil der Staat durch die Anwendung eines härteren, als welches er ſelbſt für gerecht hält, ſein eigenes Rechtsbewußtſein verläugnen würde [1]).

Anm. — In dieſer bis in's Einzelſte hinaus beſtrittenen Materie [2]) ſcheint der im Paragraphen aufgeſtellte Grundunterſchied zwiſchen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Rechte in der Regel ganz überſehen zu wer-

---

1) Ueber die Nichtverantwortlichkeit des Regenten und der Geſandten iſt auf das Staats- und Völkerrecht zu verweiſen.

2) Literatur bei Mittermaier Note 1. 2 zu Feuerbach §. 31, und Oppenheim Syſtem des Völkerrechts S. 384—387. Wirth Syſtem der Ethik II. S. 356—358.

den. Zwar iſt die Uebertragung der ſchönen Idee des Weltbürgerrechts aus dem Privatrechte in das Strafrecht nach und nach in der Doktrin, wie in der Geſetzgebung, Mode geworden [1]). Allein die unendlichen Verwicklungen, welche dieſe, nicht gehörig überdachte, Verwechslung ganz verſchiedener Dinge mit ſich führt, zeigt hinlänglich, daß man damit auf einem Irrwege iſt. Der Grundfehler liegt wohl in der herkömmlichen Anſicht, daß das Verbrechen weſentlich Rechtsverletzung einer berechtigten Perſon ſei, wofür denn dieſe beim Staate Genugthuung zu ſuchen und zu erwarten habe [2]). Denn nur deshalb konnte man auch in das Gebiet des Strafrechts die Idee des kosmopolitiſchen Rechtsſchutzes übertragen. Dieſe Idee hat eben nur für das Rechtsgebiet Geltung, wo die Perſon als ſolche Recht ſucht und das Recht als ihr Intereſſe verwaltet wird, d. h. im bürgerlichen Rechte. Hier iſt es allerdings vom modernen Staate zu fordern, daß er das Recht in weltbürgerlichem Sinne übe, daß er den Fremden gleich dem Einheimiſchen ſchütze und betreffenden Falls ſelbſt nach auswärtigen Geſetzen entſcheide [3]). Hier iſt dies auch möglich, weil das bürgerliche Recht, ſoweit es eben nur die Intereſſen der Perſönlichkeit betrifft, ſeiner Natur nach fähig iſt, Weltrecht zu ſeyn, und deshalb in ſeinem Kerne von den Differenzen der Staatsbeſonderheiten nur oberflächlich berührt wird, umgekehrt aber ebenſo der ſpecifiſche Staatsgeiſt gegen jenen Kern des Privatrechts ſich gleichgiltig verhält. Aus dieſem Grunde muß es allerdings im Kreiſe des bürgerlichen Rechts gleichviel ſeyn, ob ein vor den Richter gebrachtes Rechtsverhältniß im In- oder Auslande be-

1) Vgl. Hufnagel III. S. 629.
2) S. z. B. auch Wächter Wirt. Privatr. II. S. 110. Note 54.
3) S. darüber Wächter Archiv f. civilr. Praxis XXIV. XXV.

gründet wurde, ob Einheimiſche oder Fremde dabei betheiligt ſind, ob es mit dem Auslande ſonſt in Beziehung ſteht oder nicht. Die Frage iſt weiter nur, wie weit der Richter ſich an ſein Landesrecht zu halten und wie weit er das auswärtige anzuerkennen habe. Gewiß iſt aber diejenige Anſicht die richtige, welche wenigſtens den Richter im Zweifel an ſein Landesrecht verweist und damit den Grundſatz der Territorialität in der Beziehung anerkennt, in welchem er in dieſer Sphäre allein Geltung haben kann. Allein das, was um der Natur des Privatrechts willen im Kreiſe des bürgerlichen Rechts anzunehmen iſt, kann eben deshalb nicht auch auf die ſtaatsrechtliche Sphäre übergetragen werden, — wie denn ſchon in jenem Kreiſe anerkannt iſt, daß leges cogentes, insbeſondere ſolche, die ſich auf politiſche und ſtaatspolizeiliche, religiöſe und ſonſtige der Beſonderheit des Staats angehörige Rückſichten ſtützen, in dem beſondern Staate unbedingt zur Anwendung zu bringen ſind. Es folgt aber aus der Verſchiedenheit beider Rechtskreiſe nicht nur etwa der Satz, daß im ſtaatsrechtlichen unbedingt nur das einheimiſche, namentlich alſo nur das Strafgeſetz des Landes, zur Anwendung zu bringen ſei, ſondern vielmehr auch dies, daß in dieſer Sphäre jeder beſondere Staat ſich nur um das zu bekümmern hat, was in ſeinem Gebiete vorgeht. Dies iſt freilich ein Satz, den weder die neuere Doktrin, noch die neuere Geſetzgebung gelten laſſen will. Auch müßte er aufgegeben werden, ſobald man ſich dazu entſchließen könnte, in der Strafrechtspflege das Unterſuchungsprincip (das übrigens auch im engliſchen und franzöſiſchen Proceſſe zu Grunde liegt) [1]) aufzugeben und das reine,

1) S. meine Abh. in Weil konſtit. Jahrbücher II. S. 43 ff. (1843.)

privatrechtliche Anklageprincip an die Stelle zu ſetzen, — was aber zu den Unmöglichkeiten gehört. So lang alſo das Verbrechen als eine die Subſtanz des Rechts negirende und darum vom Staat als ſolchem zu verfolgende Handlung gelten wird, ſo wird man wenigſtens aus dieſem Grunde, der allein triftig wäre, dem aufgeſtellten Satze nichts anhaben können. Man bringt aber allerdings, um die Abweichungen davon zu rechtfertigen, andre Gründe bei. Das zwar giebt man zu, daß nach den Strafgeſetzen eines beſtimmten Staats alle in ſeinem Gebiete begangenen Verbrechen zu richten ſeien, ſie mögen nun von In- oder Ausländern verübt ſeyn [1]). Inſoweit alſo erkennt man ihn an, und die Abweichung beſteht nur darin, daß man behauptet, der beſtimmte Staat habe auch gewiſſe im Auslande begangenen Verbrechen vor ſein Forum zu ziehen. Es ſollen nämlich 1) Inländer im Inlande auch wegen der von ihnen im Auslande begangenen Verbrechen ſtrafbar ſeyn, bald wegen aller, bald nur wegen einiger. Und zwar werden verſchiedene Beſchränkungen aufgeſtellt, indem z. B. Feuerbach [2]) diejenigen Verbrechen, welche gegen das Ausland oder ſeine Angehörigen begangen werden, Grolman [3]) dagegen die Polizeiverbrechen, Heffter [4]) die Zuwiderhandlungen gegen nicht gemeinheitliche Verpflichtungen ausnimmt. 2) In einem, jedenfalls beſchränkten, Umfange ſollen es auch Ausländer hinſichtlich im Auslande begangener Verbrechen ſeyn.

1) S. Wächter I. §. 35. Note 84. 86 und die dort Angef. Zweifel wurden nur erhoben wegen Verbrechen, die vom Inlande aus am Auslande begangen werden. Eine ſinguläre Ausnahme bildet die Exterritorialität.

2) Lehrb. §. 31, ſ. jedoch §. 40. Note a.

3) Grundſätze §. 107.

4) Lehrb. §. 26. Note 2.

Ad 1) werden nun zweierlei Gründe angegeben. Zunächſt für den Satz im Allgemeinen der, daß die einheimiſchen Strafgeſetze den Unterthan als ſolchen verpflichten und dieſe Eigenſchaft durch vorübergehende Ortsveränderung nicht aufgehoben werde [1]), wenigſtens ſoweit ſie die ſogenannten Rechtsverbrechen, oder auch die gemeinheitlichen Verpflichtungen (d. h. die, deren Beobachtung unbedingt, ohne Rückſicht auf Ort und Perſon gefordert werde) betreffen. Sodann dafür, daß darunter auch Verbrechen gegen den auswärtigen Staat und deſſen Bürger zu begreifen ſeien, der Grund, daß dies die Idee des völkerrechtlichen Rechtsſchutzes verlange, was dann freilich wieder auf verſchiedene Weiſe begründet wird [2]). Keiner von beiden iſt jedoch ſtichhaltig. Davon kann allerdings nicht die Rede ſeyn, daß der Bürger eines beſtimmten Staats dieſe ſeine Bürgerqualität durch den vorübergehenden Aufenthalt in einem auswärtigen Staatsgebiete verlöre. Wohl aber iſt die daraus abgeleitete Folgerung erſchlichen, daß er durch ein im Auslande begangenes Verbrechen die vaterländiſchen Geſetze übertrete. Dieſelben verpflichten ihn auch im Auslande, ſagt man. Auch das kann zugegeben werden, und gleichwohl bleibt es wahr, daß er ſie im Auslande nicht übertreten kann. Denn aus demſelben Grunde, aus welchem unſer Staat die bei uns delinquirenden Ausländer als Uebertreter unſrer Strafgeſetze in Anſpruch nimmt, müſſen wir auch unſre Bürger im Auslande als Uebertreter der ausländi-

1) Kleinſchrod A. Arch. VII. S. 384. 385. Grolman a. a. O. Egger in v. Zeiller's jährl. Beitr. IV. nr. 3. Tittmann, die Strafrechtspflege in völkerr. Rückſicht S. 21.

2) Feuerbach §. 40. Note a. Motive zum wirt. Strafgeſetzbuch S. 12.

ſchen Strafgeſetze gelten laſſen. Dieſer Grund kann aber kein andrer ſeyn, als der: daß in der Sphäre des öffentlichen Rechts jeder Staat zu den übrigen ſich als ausſchließende Individualität verhält und eben darum an ihnen dieſelbe Qualität anerkennen muß. Wenn z. B. ein Rittergutsbeſitzer in zweien Staaten angeſeſſen iſt, deren einer das Inſtitut der Patrimonialgerichtsbarkeit anerkennt, der andre nicht, ſo wird es dem erſten nicht einfallen, dem fraglichen Beſitzer die Patrimonialgerichtsbarkeit auch in Beziehung auf ſeine ausländiſchen Güter zuzuſprechen. Ebenſowenig darf aber ein Staat in die Strafrechtspflege eines Andern eingreifen. Daß er die von ſeinen Unterthanen im Auslande (auch aus unerlaubten Handlungen) erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten anerkennt und vor ſeinen Gerichten verfolgen läßt, hat ſeinen Grund darin, daß der Stoff der bürgerlichen Rechtspflege eben nur das Recht als das Intereſſe der Privaten, und eben damit dieſelbe nicht an die Scholle des Staatsgebiets gebunden iſt. Die Strafrechtspflege dagegen hat es mit der Wiederherſtellung des Rechts um ſeiner ſelbſt willen, nicht zum Beſten eines Rechtſuchenden, zu thun. Deshalb kann hier keineswegs davon geſprochen werden, daß der Staat ſeine Bürger auch im Auslande zu ſchützen habe; denn die Strafe als ſolche (abgeſehen von der aus dem Verbrechen entſpringenden Schadenserſatzpflicht) iſt gar nicht als Genugthuung für den Verletzten zu betrachten [1]). Ebenſowenig aber darf der Staat ſeine Strafgeſetze als giltig für im Auslande verübte Verbrechen aus dem Grunde behaupten, weil ſeine Bürger denſelben überall verpflichtet bleiben; denn, wenn dieſe Bürger im Aus-

---

1) *Wens* de delictis a civ. extra civit. adm. p. 19—28.

lande delinquiren, ſo übertreten ſie eben nur das Strafgeſetz des fremden Staats; für das Inland exiſtirt gar kein Verbrechen, da ein ſtrafbares Verbrechen ſtets ein beſtimmtes Strafgeſetz vorausſetzt, im Auslande aber nur das Strafgeſetz des Auslandes beſteht. Daß unſer Staat dieſelbe Handlung gleichfalls als Verbrechen anſieht und in ſeinen Geſetzen verpönt, macht nichts aus; ſonſt würde folgen, daß ein Baier, der in Baiern einen Baiern tödtet, hiefür in allen Staaten der gebildeten Welt beſtraft werden könnte. Das Argument aus dem Unterthanenverhältniß aber iſt für den modernen Staat um ſo weniger paſſend, als es das Verhältniß des Staats zu ſeinen Bürgern mit demjenigen identificirt, worin beim judicium domesticum der Hausvater zu den ſeiner Gewalt Unterworfenen ſteht. Wie wenig Fundament die ganze Behauptung hat, erhellt übrigens daraus, daß Mehrere ſie auf verſchiedene Weiſe ſogleich wieder beſchränken [1]), während doch der Grund derſelben ſeiner Natur nach abſolut iſt. Aber freilich ſpricht die Natur der Sache dafür, daß man Handlungen gegen unſre Lokalpolizei, die ein Inländer im Auslande begeht, nicht nach unſern Geſetzen beſtrafen kann. Um ſo gewiſſer iſt es aber inkonſequent, den Satz, daß ein Inländer die Strafgeſetze ſeines Landes in der ganzen übrigen Welt übertrete, bald auf Verbrechen gegen andre Bürger ſeines Landes, bald auf Rechtsverbrechen oder Uebertretungen gemeinheitlicher Verpflichtungen einzuſchränken. — Was den andern Grund betrifft, ſo iſt nach dem Obigen die Idee des völkerrechtlichen Rechtsſchutzes, wie ſie die Wirtemb. Motive geradezu ausſprechen, hier ganz unanwendbar, weil die Strafrechtspflege nicht im Intereſſe

1) Feuerbach, Grolmann, Heffter ſ. o.

der verletzten Perſonen ausgeübt wird. Aber auch der von Feuerbach gebrauchte Umweg, daß durch Verbrechen eines dieſſeitigen Bürgers gegen fremde Staaten und deren Angehörige der völkerrechtliche Friede geſtört werde, und darum unſer Staat ein indirektes Intereſſe habe, ſie als Verbrechen gegen ſich ſelbſt zu behandeln, iſt nur relativ richtig. Denn, wenn allerdings ſowohl Recht als Klugheit von jedem Staate fordern, daß er die Begehung von Verbrechen gegen fremde Staaten und deren Angehörige von ſeinem Gebiete aus bei Strafe verbiete, ſo folgt daraus doch noch nicht, daß er ſich um ſolche Verbrechen zu bekümmern brauche oder bekümmern müſſe, wenn ſie außerhalb ſeiner Grenzen begangen werden. Am weiteſten geht aber Krug [1]), der alle Schwierigkeiten zuſammen (auch hinſichtlich der im Auslande delinquirenden Ausländer) durch den kühnen Satz niederſchlägt, daß die Beſchränkung des Staats auf ein beſtimmtes Territorium nur eine faktiſche Folge der irdiſchen Unvollkommenheit ſei, die der Idee widerſpreche, — woraus denn folgen würde, daß das Gericht jedes Staats ſämmtliche, in der ganzen Welt begangenen Verbrechen zu beſtrafen das Recht und die Pflicht hätte [2]). Man wird alſo vielmehr darauf beſtehen müſſen, daß der konkrete Staat ſeine Strafgeſetze nur für Verbrechen zu geben habe, die auf ſeinem Gebiete begangen werden [3]). Auch kann man hier nicht einmal die Ausnahmen gelten laſſen, welche Einige noch machen: wenn nämlich der Bürger gegen ſeinen einheimiſchen Staat ein

1) Krim. Jahrb. für Sachſen. I. S. 265 ff.

2) Hufnagel III. S. 629.

3) Schröter Hdbch. §. 46. Henke I. §. 90. Abegg über die Beſtrafung der im Ausland begangenen Verbrechen. S. 37—41. 45—50. Martin §. 26. Marezoll S. 59. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 31. Demme's Annalen VIII. S. 339 ff.

Verbrechen verübte, oder eine in ſeinem Lande über-nommene, durch Strafgeſetze geſchützte Pflicht verletzte, oder wenn das im Auslande verübte Verbrechen auf eine im Inlande befindliche Perſon gerichtet war. Denn das unmittelbare Objekt des Verbrechers gehört nicht zu ſeinem Weſen, und es iſt vielmehr völlig gleichgiltig, wo der Verletzte ſich befindet. Nur das forum delicti commissi kann entſcheiden; und, falls etwa ein fremder Staat Verbrechen, die in ſeinem Gebiete gegen den dieſ-ſeitigen Staat oder ſeine Angehörigen begangen werden, gar nicht oder geringer ſtrafen ſollte, ſo berechtigt dies nur zu Retorſionsmaßregeln, nicht aber auch zu der unnatürlichen Beſtimmung, daß im Auslande begangene Verbrechen als im Inlande verübt fingirt werden ſollen. Wenn je eine Ausnahme zuläſſig ſeyn ſoll, ſo kann es nur die ſeyn [1]), daß der Inländer, der in fraudem legis ins Ausland geht, um dort Verbrechen zu verüben, im Vaterlande ſtrafbar ſeyn ſoll [2]). — Der wahre Grund, warum unſre Geſetzgebungen die ausländiſchen Delikte der Inländer verpönen, iſt doch wohl der praktiſche, daß die Auslieferung der Bürger an fremde Strafge-richte für unehrenhaft gilt. Allein dieſen Grund kann man anerkennen und gleichwohl das richtige Princip feſthalten, ſobald nur der Staat bei Beſtrafung ſolcher Bürger, die im Auslande delinquirt haben, ſich bloß als Organ desjenigen Staats betrachtet und gerirt, deſſen Strafgeſetze übertreten ſind. Daß er hiemit ſein Rechts-bewußtſein ſo weit aufgeben müßte, um nach dieſen fremden Geſetzen zu ſtrafen, wie Feuerbach [3]) ver-langt, folgt daraus keineswegs. Denn, indem er die

1) Mittermaier und Marezoll a. a. O. Henke I. S. 606.
2) AM. Wens l. c. p. 33.
3) Lehrb. §. 40. a. E.

Stelle des andern Staats vertritt, behält er ſeine Individualität. Wohl aber rechtfertigt es ſich (ſ. den §. a. E.), ſtets das mildere Geſetz anzuwenden [1]). Uebrigens kann auch noch der Fall vorkommen, daß der eine Staat für Verbrechen erklärt, was im andern erlaubt iſt. Für dieſen dürfte die Beſtimmung des Wirtemb. Geſetzbuchs Art. 3. Z. 1. nicht mit ſeinen kosmopolitiſchen Motiven harmoniren. Denn dort iſt zwar geſagt, daß in Wirtemberg keine Strafe erfolgen ſoll für eine im Auslande begangene Handlung, die zwar nach Wirtembergiſchen Geſetzen, nicht aber nach denen des Auslands als Verbrechen gilt, — ein Satz, der eine richtige Konſequenz des oben aufgeſtellten Grundprincips bildet [2]). Wenn nun aber der Fall ſich umgekehrt verhält, d. h. wenn die im fremden Staat begangene Handlung dort als Verbrechen gilt, nicht aber in Wirtemberg, ſo würden hier die völkerrechtlichen Motive offenbar darauf führen, daß der ſchuldige Inländer entweder auszuliefern oder in Wirtemberg nach dem fremden Geſetze zu beſtrafen wäre. Dies erkennt das Geſetzbuch nicht an, und gewiß mit Recht, da dieſe Nichtanerkennung gleichfalls eine einfache Folgerung aus dem am Schluß des Paragraphen aufgeſtellten Grundſatze iſt. Konſequenz iſt aber in jenem Syſteme nicht zu finden;

ad 2) wird wohl in der Regel wenigſtens dies zugegeben, daß der konkrete Staat um Verbrechen, die im Auslande von Ausländern gegen fremde Staaten und deren Angehörige begangen werden, ſich überall nicht

---

1) Vgl. Wirth Syſtem der Ethik. II. S. 358.

2) Daß er aber im Widerſpruch mit dem Princip iſt, wonach der bleibende Unterthan auch im Ausland in unmittelbarer Relation zu den Strafgeſetzen des Inlands bleiben ſoll, iſt klar. Hufnagel III. S. 629.

zu bekümmern habe [1]. Nur freilich iſt wieder ſchwer einzuſehen, wie dies mit der Grundanſicht ſich vereinigen laſſen ſoll, daß der konkrete Staat ſeiner Idee nach alle dem Inhalt ſeiner Strafgeſetze entgegengeſetzten Akte, ſie mögen vorfallen, wo ſie wollen, zu ſtrafen berechtigt ſei, oder auch mit der Anſicht, daß es wenigſtens um des völkerrechtlichen Friedens willen nöthig ſei, daß der Staat ſich auch um auswärts begangene Verbrechen bekümmere. Konſequenter iſt daher Grolman [2], der dem Staate, wenigſtens in Beziehung auf alle Verbrechen, die nicht bloße Polizeivergehen ſind, jenes Recht ohne Schranken vindicirt. Allerdings aber muß von dem richtigen Princip aus die erſtere Behauptung vorgezogen und die Forderung des völkerrechtlichen Friedens mit dem Inſtitute der Auslieferung, gegen das hier keine Anſtände obwalten, abgefunden werden. Zwar hat man neuerdings wieder verſucht, eine Ausnahme hinſichtlich politiſcher Verbrecher aus dem Grunde zu rechtfertigen [3], weil in dem einen Staate als Staatsverbrechen verpönt ſeyn könne, was in dem andern erlaubt ſei, Staatsverbrechen daher vom völkerrechtlichen Geſichtspunkte aus als beſondere erſcheinen. Allein es iſt klar, daß daraus folgen würde, daß der eine Staat auch die Begehung aller Verbrechen gegen fremde Staaten durch ſeine eigenen Bürger, ſei es von ſeinem eigenen oder dem Gebiete des fremden Staats aus, freigeben müßte, was doch geläugnet wird. Dieſer Widerſpruch kann aber nicht durch die Bemerkung entfernt werden, daß der Staat durch die Nichtbeſtrafung ſeines Glieds deſſen Schuld zu der ſeinigen machen würde, während er im

1) Tittmann a. a. O. S. 17. Wirt. GB. Art. 4.
2) Lehrb. §. 107.
3) Wirth a. a. O. II. S. 357. 368. Vgl. Abegg Lehrb. S. 96.

andern Falle keinen Antheil am Verbrechen nehme. Denn durch Schutz des fremden Verbrechers nimmt der Staat ebenſo Antheil am Verbrechen, wie durch Nichtbeſtrafung des einheimiſchen. Es iſt aber überdies ſonderbar, den erſten Satz aus der vom völkerrechtlichen Geſichtspunkte ſich ergebenden Beſonderheit der Staatsverbrechen, und den entgegenſtehenden aus der völkerrechtlichen Nothwendigkeit, daß ein Staat den andern ſchütze, abgeleitet zu ſehen. Und nicht minder ſonderbar iſt es, wenn das eine Mal geſagt wird, einem Staate könne nicht zugemuthet werden, zur Beſtrafung deſſen mitzuwirken, was er für erlaubt, oder gar für Pflicht erkläre, andrerſeits aber geradezu von ihm gefordert wird, daß er, wenn ſeine Bürger dies Raiſonnement praktiſch anwenden, ſein Rechtsbewußtſein verläugnen und um des Völkerrechts willen, — das doch Staatsverbrechen für beſondere erklärt — ſtrafen ſolle. — Dagegen ſoll nun dem Staate die Beſtrafung derjenigen Ausländer geſtattet ſeyn [1]), welche vom Auslande aus gegen ihn ſelbſt oder ſeine angehörigen Verbrechen begehen, — ein Strafrecht, das aber (bezeichnend genug) nur dadurch gerechtfertigt wird, daß man ſagt, der Staat habe gegen ſolche Individuen eigentlich das für ſie viel unangenehmere jus belli, ſie müſſen ſich alſo noch höflich bei ihm bedanken, wenn er ſie bloß ſtrafe. (Daſſelbe wird denn zuweilen auch in Beziehung auf Einheimiſche behauptet, die vom Auslande aus gegen das Inland Verbrechen begehen [2]). Mit Recht aber wird von andern Schriftſtellern dieſes höchſt abenteuerliche Strafrecht verworfen, und vielmehr nur völker-

1) Tittmann a. a. O.

2) Im Reſultate freilich richtig, aber nicht in der Begründung.

rechtliche Genugthuungsforderungen, resp. polizeiliche Sicherheitsmaßregeln geſtattet [1]).

Als die falſchen Extreme erſcheinen im Allgemeinen: einerſeits das gutmüthige Beſtreben, einen kosmopolitiſchen Rechtsſchutz (oft auf einem kleinen Territorium) zu verwirklichen, was zu widerrechtlichen Eingriffen in die Hoheit andrer Staaten führt, — andrerſeits die engherzige Beſchränkung auf nationalen Rechtsſchutz, wodurch fremde Staaten gezwungen werden, ſich ein Strafrecht beizulegen, das ſie nur als Surrogat eines jus belli plauſibel zu machen wiſſen. In beiden Fällen iſt aber der Grundmangel die falſche Anſicht, als beſtehe die Strafrechtspflege zum Schutze des Verletzten, während mit der Aufgebung dieſes unrichtigen Princips auch das Bedürfniß der falſchen [2]) Theorie, daß der Inländer überall in der Welt durch Verbrechen ſeine einheimiſchen Geſetze übertrete, um ſo mehr hinwegfiele, als es derſelben zur Begründung der Nichtauslieferung der Inländer gar nicht bedarf.

§. 193.

Aus der Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat ergeben ſich ferner b) die Grundſätze über die **Dauer der Strafgeſetze**. Das poſitive Recht überhaupt, und damit auch das Recht in Beziehung auf Verbrechen, gehört der Sphäre der endlichen Erſcheinung an und iſt daher, als ein ſeiner Idee gegenüber unendlich Perfektibles, dem Proceſſe des Entſtehens und Vergehens unterworfen. Dieſes Recht,

---

1) Feuerbach §. 31. Martin §. 26. Abegg Beſtrafg. S. 50 ff. Heffter N. Arch. XIV. S. 147. Lehrb. §. 26. not. 3. Marezoll. S. 60.

2) Sie iſt nicht nur theoretiſch, ſondern auch praktiſch verwerflich, weil aus ihr die mildere Beſtrafung des übertretenen milderen ausländiſchen Geſetzes nicht zu folgern iſt.

das Strafgeſetz (im w. S.) hat alſo einen Anfang und ein Ende, d. h. ſeine einzelnen Beſtimmungen wechſeln, je nachdem die Quelle derſelben, die allgemeine Ueberzeugung und der allgemeine Wille, wechſelt; und es fragt ſich nun, von wann an das Strafgeſetz binde? und von wann an es zu binden aufhöre? Beide Fragen beantworten ſich einfach: 1) Ein Geſetz kann erſt von dem Augenblicke an praktiſch giltig ſeyn, wenn das ihm zu Grunde liegende allgemeine Wiſſen und Wollen in der ihm angemeſſenen Form der Allgemeinheit in die Exiſtenz getreten iſt, alſo das geſchriebene Geſetz mit der erfolgten Publikation, das ungeſchriebene dann, wenn aus der gleichförmigen Anwendung deſſelben die Feſtigkeit der zur Quelle dienenden allgemeinen Rechtsüberzeugung erhellt. 2) Dagegen hört es auf, giltig zu ſeyn, wenn ein verändertes allgemeines Wiſſen und Wollen in einer der eben gedachten Formen offenbar wird. Dieſe aus der Natur der Erſcheinung hervorgehende Qualität des poſitiven Rechts führt nun aber gerade im Gebiete des Strafrechts 3) zu einer eigenthümlichen Antinomie. Einerſeits nämlich iſt das Recht über Verbrechen, verſchieden vom bürgerlichen Rechte, ein gegen die Intereſſen der Perſon Indifferentes, an und für ſich Seiendes, das ſohin auch vom Augenblicke ſeines Exiſtentwerdens an abſolute Geltung verlangt. Andrerſeits iſt es ungerecht, ein neues Strafgeſetz auf eine Handlung anzuwenden, die zu einer Zeit begangen wurde, in welcher nach dem allgemeinen Wiſſen und Wollen dieſe Handlung entweder ganz als erlaubt oder doch als ein geringeres Delikt galt; und zwar aus dem doppelten Grunde, weil hier eine Strafe angewandt würde, wo es ganz oder relativ an der Tilgung einer Schuld fehlte, und weil eine objektive Genugthuung für eine Rechtsverletzung gefordert würde, die zur Zeit, da ſie vorgegangen ſeyn ſollte, gar nicht möglich war. Zwar ſcheint nun aus denſelben Gründen auch die

Nichtrückwirkung eines milderen Strafgeſetzes zu folgen, weil im vorausgeſetzten Fall ſowohl eine Schuld zu tilgen wäre, als für ein ſeiner Zeit wirklich verletztes Recht Genugthuung gegeben würde. Allein, ſo gewiß der Verbrecher ſelbſt ſich nicht zu beklagen hätte, wenn noch jetzt das von ihm übertretene Geſetz auf ihn angewandt würde, um ſo gewiſſer würde der Staat ein Unrecht gegen ſich ſelbſt begehen, wenn er ein Recht noch wiederherſtellen wollte, das er ganz oder relativ für ein ſolches nicht mehr erkennt. Die Antinomie löst ſich mithin in dem Grundſatze, daß ein milderes Strafgeſetz abſolute Giltigkeit, ein härteres dagegen keine rückwirkende Kraft hat.

Anm. — 1) Obgleich im Strafrechte das Gewohnheitsrecht nur in der — gegenüber dem Privatrechte jedenfalls ſehr beſchränkten — Form des Gerichtsgebrauchs überhaupt denkbar iſt [1]), ſo kehrt doch auch hier die allgemeine Streitfrage wieder, ob die allgemeine Rechtsüberzeugung an ſich ſchon das Recht und die Gewohnheit nur der Erkenntnißgrund ſeines Beſtehens [2]), oder ob die gemeinſchaftliche Rechtsüberzeugung nur inſofern Entſtehungsgrund einer Rechtsnorm ſei, als dieſelbe in einer Gewohnheit ſich äußere, wornach dann die Gewohnheit nicht blos als Erkenntnißgrund, ſondern als die weſentliche Entſtehungsform des Gewohnheitsrechts prädicirt werden müſſe [3]). Bedenkt man, daß der allgemeine Inhalt nur in der ihm angemeſſenen Form der Allgemeinheit als ſolcher exiſtiren, daher auch ein

---

1) Schröter Hdbuch. S. 61. Grolmann §. 128. Wächter I. S. 12.

2) Savigny Syſtem I. S. 35 ff. 82. 146. ff. 177 ff. Puchta Gew. Recht I. S. 180 ff. II. S. 5 ff. 254 ff. Luden Hdb. I. S. 134.

3) Mühlenbruch Pand. Recht §. 38. n. 3. Kierulff Civil-R. I. S. 9. Wächter Wirt. Priv. R. II. S. 34. not. 9.

allgemeines Wiſſen und Wollen, eine Rechtsüberzeugung, nur dann erſt als ſolche gelten kann, wenn ſie ſich als ſolche ausſpricht, zu ihrer praktiſchen Exiſtenz mithin die Ausübung weſentlich gehört, und nur durch dieſe zu der einen weſentlichen Bedingung (der Allgemeinheit des Inhalts) die andre weſentliche Bedingung (die Allgemeinheit der Form) hinzutritt, — ſo muß man ohne Zweifel der zweiten Anſicht den Vorzug geben. Der Gültigkeitsgrund des Gewohnheits-Rechts liegt daher allerdings in der allgemeinen Rechtsüberzeugung; aber zur rechtlichen Norm wird es erſt durch die gleichförmig fortgeſetzte Uebung, aus welcher das Bewußtſein der Nothwendigkeit ſeiner Ausübung als ein allgemein vorhandenes erhellt [1]). Ebendaher iſt ein aus doktrinellen Geiſtesoperationen hervorgegangener Gerichtsgebrauch, der eben nur doktrinelle Autorität hat, ſehr wohl zu unterſcheiden von einem ſolchen, der ſich als Träger eines wahren Gewohnheitsrechts ausweiſt und dem allerdings Geſetzeskraft zukommt [2]). — Daß ein geſchriebenes Geſetz erſt mit erfolgter Publikation in Wirkſamkeit trete, nicht etwa für den um daſſelbe wiſſenden auch ſchon vorher (wie Quiſtorp und ſpäter noch Oerſted behauptet hatte), iſt jetzt wohl allgemein anerkannt [3]).

2) Ueber die hier einſchlagende Streitfrage, ob ein geſchriebenes Geſetz auch durch Gewohnheisrecht aufgehoben werden könne? ſ. Anm. zu §. 177.

3) In Bezug auf die Rückwirkung der Geſetze iſt

---

1) Wächter a. a. O. vgl. Luden I. S. 135. Puchta II. S. 11. 242. 257. Mühlenbruch §. 38. nr. 1. 2.

2) Wächter a. a. O. S. 41—44. Gem. Recht Deutſchl. S. 111—116. Puchta I. S. 164 ff. II. S. 16 ff. Jordan Civil. Arch. VIII. S. 239 ff. Savigny Syſtem I. S. 149. 173.

3) Heffter §. 21. n. 1.

hier die Frage eben nur auf die ſtrafrechtlichen Beſtimmungen im e. S. beſchränkt worden. Der oben aufgeſtellte Grundſatz iſt wohl als communis opinio zu bezeichnen [1]. Nur wird theils die Antinomie, deren Löſung er bildet, in der Regel nicht ſcharf hervorgehoben, theils die Fälle der Anwendung nicht immer vollſtändig und richtig bezeichnet.

§. 194.

c) Endlich ergeben ſich aus der weſentlichen Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat die Grundſätze über die *Anwendung des Strafgeſetzes*. Zunächſt verſteht ſich von ſelbſt, daß die vorhandenen Strafgeſetze (ſie ſtellen ſich nun als förmliche Geſetze oder als Gewohnheitsrecht dar) in dem Sinne angewandt werden müſſen, in welchem ſie gegeben ſind, zu welchem Behufe es denn bei ihnen, wie bei allen andern Theilen des poſitiven Rechts, der gehörigen Auslegung bedarf. Von der Thätigkeit der Interpretation wohl zu unterſcheiden iſt aber die Anwendung des richtig ausgelegten Geſetzes auf ſolche Fälle, für welche eine poſitive Feſtſetzung fehlt. Hier folgt nun aus dem gedachten Momente, daß ſolche Fälle nur nach der Analogie eines beſtimmten Geſetzes, wo ein ſolches vorhanden iſt, und wo es daran fehlt, nur aus dem Geiſte des geſammten poſitiven Strafrechts zu entſcheiden ſind.

Anm. — Da die Grundſätze über die (authentiſche und doktrinelle) Auslegung der Strafgeſetze nichts Beſonderes an ſich haben, ſo kann hier füglich darüber hinweggegangen und auf die erſchöpfenden Darſtellungen Anderer [2] — namentlich auch hinſichtlich der erſt neuer-

---

1) S. *Wächter* I. S. 58. 59, und *Mittermaier* not. 2 zu Feuerbach §. 74 u. die dort Angef., beſonders die Schrift von *Zachariä*.

2) Literatur bei *Wächter* I. §. 39. *Mittermaier* zu Feuerbach

dings vielbeſprochenen Frage über die Auslegung konſtitutioneller Geſetze [1]) verwieſen werden. — Anders verhält es ſich mit der Frage nach der analogiſchen Anwendung der Geſetze, ſofern hie und da behauptet wird, daß dieſe im Gebiete des Strafrechts ausgeſchloſſen ſei. Insbeſondere ſucht Luden [2]) auszuführen, daß eine ſolche Lücke, welche durch Analogie ausgefüllt werden müßte, im Strafrechte gar nicht vorkommen könne. Alle Strafgeſetze können nämlich nur die beiden Fragen betreffen: ob eine Handlung überhaupt beſtraft — und in welchem Maße dieſelbe beſtraft werden ſolle. In erſterer Beziehung nun aber könne auch nicht einmal ſcheinbar eine Lücke vorkommen; denn in der Uebergehung einer Handlung durch den Geſetzgeber liege ſtets deſſen Erklärung, daß dieſe Handlung ſtraflos ſeyn ſolle. Hinſichtlich der andern Frage könne aber gleichfalls keine Lücke vorkommen, die durch Analogie ausgefüllt werden müßte, da hier ſtets der Geſetzgeber etwas Beſtimmtes gewollt haben müſſe, was er nur unbeſtimmt gelaſſen habe, und was nun nur mittelſt der gewöhnlichen Auslegungsregeln deutlich herauszulegen ſei. Allein zuvörderſt iſt es willkührlich, die Analogie eben nur auf dieſe beiden Fälle einzuſchränken, da es doch im Strafrechte außer den genannten Punkten (Straffall und Strafmaß) eine ganze Menge andrer wichtigen Punkte gibt, welche durch das Geſetz unentſchieden gelaſſen ſeyn können, und welche gleichwohl im vorkommenden Falle entſchieden

---

§. 75. a. und die not. a—d. Angef. Luden Hdbuch. I. §. 10. Wächter Wirt. Priv.R. II. S. 133—159.

1) Mohl R. Arch. 1842. S. 214 ff. 340 ff. und die dort Angef.

2) Handb. I. §. 11. vgl. Mittermaier a. a. O. Literatur ſ. bei Wächter I. §. 40. 41. Mittermaier a. a. O. not. 4 e—m.

werden müſſen[1]). Dieſem Einwurfe ſucht zwar Luden dadurch zu entgehen, daß er behauptet, hier reiche die Auslegung aus, da es ſich nur davon handle, von Grundſätzen, die etwa der Geſetzgeber nur bei dem einen oder andern Falle ausgeſprochen habe, eine allgemeinere Anwendung aus dem Grunde zu machen, weil keine beſonderen Gründe vorhanden ſeien, dieſe Anwendung auszuſchließen. Dieſe Replik iſt aber weder erſchöpfend, noch richtig. Letzteres nicht, weil dieſe Operation offenbar über den Begriff der Auslegung hinausgeht. Erſteres nicht, weil bei geſetzlich unentſchiedenen Punkten keineswegs immer ein ſolcher Grundſatz zu Gebot ſteht, der eben nur generaliſirt werden dürfte. Sodann aber meint Luden, es dürfe ein Strafgeſetz allerdings auch auf ſolche Fälle angewandt werden, welche das Geſetz nicht genannt habe; aber nur dann, wenn der Geſetzgeber dieſe Fälle wirklich gemeint und nur ſeine Willensmeinung zu eng ausgedrückt habe. Dies ſei aber nicht Analogie, ſondern ausdehnende Auslegung, und es ſei ein großer Fehler, daß beides oft verwechſelt werde. — Allein dieſer Verwechslung macht, wie angef., Luden ſelbſt ſich ſchuldig, wenn er nur von Auslegung ſpricht, wo es ſich davon handelt, nicht etwa nur den Sinn einer gewiſſen Beſtimmung zu erforſchen, ſondern die Frage zu beantworten, ob eine ſolche Beſtimmung auch bei ſolchen Punkten, wo das Geſetz kein Wort darüber ſagt, deshalb zur Anwendung kommen ſoll, weil hier eine gleiche ratio legis obwaltet, wie in dem Fall, für welchen das Geſetz die Beſtimmung gegeben hat. Hier findet eben nichts Anderes, als Geſetzesanalogie, ſtatt[2]);

---

1) Wächter I. §. 41. not. 94.

2) Allerdings kann auch eine ſolche geſetzliche Beſtimmung als all=

giebt man aber dieſe Weiſe, Lücken auszufüllen, zu, ſo muß man, wie dies auch Luden S. 151 in der Note richtig einräumt, als weitere Konſequenz die Rechtsanalogie gleichfalls zugeben. Und nur darüber kann noch die Frage ſeyn, ob dieſe Weiſen, Lücken auszufüllen, auch geſtattet ſeyn ſollen mit dem Erfolg, daß Handlungen für Verbrechen angeſehen werden dürften, die im Geſetz nicht dafür erklärt ſind? Dies läugnet Luden, indem er zugleich die ausdehnende Auslegung zuläßt. Allein, da er unter den Begriff der letzteren auch noch dies ſubſumirt, wenn (wie es im Braunſchw. G.B. heißt) ein nicht genannter Fall deshalb für ſtrafbar erklärt wird, weil er nach dem Grunde eines beſtimmten Geſetzes darin enthalten erſcheint, ſo rechnet er eben zur ausdehnenden Auslegung das, was in Wahrheit analogiſche Anwendung und deshalb auch von der Braunſchweig. Regierung mit vollem Rechte ſo genannt worden iſt. Die Verwechslung beider Begriffe iſt aber nicht nur theoretiſch, ſondern auch praktiſch vom Uebel [1]), insbeſondere deshalb, weil ſie eben das herbeiführt, was Luden vermeiden will. Dagegen dient gerade das Auseinanderhalten beider Begriffe im Gegentheil dazu, dem richterlichen Ermeſſen heilſame Schranken zu ſetzen, indem hier der Richter abſolut gehindert wird, Sinn und Grund eines Geſetzes für identiſch zu nehmen und ſomit wegen gleicher ratio unbedingt zu ſtrafen, unter dem Vorwande, daß dies der richtig verſtandene Wille des Geſetzes ſelbſt ſei; während es ſich dann von ſelbſt

---

gemein geltender Rechts-Grundſatz ausdrücklich oder ſtillſchweigend im Geſetze vorliegen, in welchem Falle dann freilich keine analogiſche, ſondern einfach eine Anwendung des Allgemeinen auf das Beſondre eintritt. Hufnagel III. S. 4. 5.

1) Vgl. Wächter Wirt. Privat-R. II. S. 54. not. 2. u. S. 141. 142.

verſteht, daß er, wenn ihm ex ratione legis bloß analogiſche Anwendung erlaubt iſt, mit weit mehr Vorſicht zu verfahren hat. Indem nun Luden die beſtrittene Analogie unter andrem Titel ſelbſt zugiebt, ſo braucht auf ſeinen, aus der Natur der Strafgeſetzgebung hergenommenen, Grund zur Beſtreitung der Analogie nicht beſonders eingegangen zu werden. Dagegen kann dieſer allerdings behufs der Frage aufgegriffen werden, ob nicht eine mit der Abſicht der Vollſtändigkeit gegebene Geſetzgebung über Verbrechen gut daran thue, ausdrücklich alle analogiſche Anwendung auszuſchließen? dieſe Frage wird allerdings bejaht werden müſſen, ſofern man das Verbot nur eben auf die Fälle einſchränkt, wo wegen Gleichheit des Grundes Handlungen, die auch durch Extenſivinterpretation nicht in dem Geſetze gefunden werden können, als Verbrechen ſollten behandelt werden [1]). Denn ſo zweckmäßig es iſt, hier den Richter ſtreng an das Geſetz zu binden, ſo unzweckmäßig wäre es, ihm die Ausfüllung anderweitiger möglicher Lücken durch Analogie zu unterſagen, da es für derlei unentſchiedene Punkte immerhin an einer unmittelbaren ratio decidendi [2]) im Geſetze ſelbſt fehlen kann. Jenes aber iſt zweckmäßig, weil es des Geſetzgebers unwürdig iſt, den Richter zum Kritiker ſeiner rationes zu machen, vielmehr, wenn ſich wirklich eine Lücke zeigt, es ihm ſelbſt geziemt, ſeinem Grunde für den zuvor unbeachtet gebliebenen Fall Folge zu geben. Die Beſtimmungen des Sächſ. oder Wirtemb. G.Bs. dürften mithin hier der des Braunſchw. vorzuziehen, in jedem Falle aber

1) Hufnagel a. a. O. glaubt, dies allein ſei überhaupt Geſetzesanalogie, aber mit Unrecht.

2) S. darüber Wächter Wirt. Privat-R. II. S. 57.

die Luden'ſche Definition der ausdehnenden Auslegung, welche die Analogie mit enthält, zu verwerfen ſeyn.

3) Die korrektive Strafgerechtigkeit.

§. 195.

Als formelle Totalität des objektiv ſittlichen Geiſtes ſetzt der Staat innerhalb ſeiner auch alle andern ſittlichen Sphären, ſoweit ſie den Boden der objektiven Exiſtenz betreten, ohne gleichwohl in ihm ihr Princip zu haben und eigenthümliche Produkte ſeines (des objektiv ſittlichen) Geiſtes zu ſeyn. Dieſe ſittlichen Kreiſe — Familie, Kirche und Schule — haben eben hiernach ein doppeltes Verhältniß zur Strafrechtspflege. Einerſeits nämlich werden ſie eben durch ihr Hervortreten in die Objektivität ſelbſt zu Gliedern des Rechtsorganismus und eben deshalb auch fähig, in größerem oder geringerem Umfange Objekte von eigentlichen Verbrechen zu werden, gegen welche das Recht wiederherzuſtellen, Sache des Staats iſt. Andrerſeits aber bleiben ſie gleichwohl Organe einer weſentlich vom Rechtsleben unterſchiedenen Potenz des ſittlichen Geiſtes, und, ſowie hieraus überhaupt für ſie die Nothwendigkeit einer von den ſpecifiſchen Staatszweigen verſchiedenen Organiſation folgt, ſo muß ihnen auch für alle diejenigen Fälle objektiver Negation des ſittlichen Geiſtes, zu deren Tilgung die Strafrechtspflege des Staats ſich als unangemeſſen erweiſt, ein Analogon dieſer, eine korrektive Strafgerechtigkeit zuerkannt werden.

§. 196.

Das Verbrechen, deſſen Wiederaufhebung Sache der Staatsrechtspflege iſt, hat ſich als ſchuldvolle Handlung eines das Recht als Recht verletzenden Subjekts beſtimmt. Darin liegt die Vorausſetzung: theils eines wirklichen Rechts als Objekts der Verletzung, theils eines zu einer ſolchen Verletzung reifen Subjekts, theils — was mit beiden Momenten genau zu-

ſammenhängt, der Möglichkeit, die Verletzung in der Form der objektiven Genugthuung zu tilgen (ſ. den nächſten Abſchnitt). In dieſen drei Beziehungen kann es nun an der Vorausſetzung der Strafrechtspflege des Staates fehlen, und eben da tritt dann ergänzend die korrektive Gerechtigkeit jener andern ſittlichen Kreiſe ein. a) So gewiß jede von einem Mündigen verſchuldete Verletzung eines wirklichen Rechts nur vom Staate wieder aufzuheben iſt (und zwar auch ſolche, die den fraglichen ſittlichen Kreiſen angehören, z. B. Ehebruch, Religionsfriedensbruch ꝛc.), ſo gewiß giebt es auch die Sittlichkeit verletzende Handlungen, welche nicht unter die Kategorie des Verbrechens fallen. Von dieſen iſt nun zwar eine ganze Klaſſe gleichfalls wieder einer ſpeciſiſchen Staatsthätigkeit, der Sittenpolizei, zur Verhütung und reſp. Wiederaufhebung zu vindiciren, diejenigen nämlich, welche nach Form oder Weſen, oder nach beiden Beziehungen zugleich aus dem Kreiſe des Einzellebens heraustreten und in das Gebiet der Oeffentlichkeit übergehen [1]). Gerade nun aber, ſofern ein ſolches Sichpreisgeben der Immoralität an die Geſellſchaft nicht ſtattfindet, dieſelbe vielmehr vor dem Auge des objektiv ſittlichen Geiſtes ſich verbirgt und nur in engerem Kreiſe offenbar wird, da muß die Disciplin der das Subjekt als ſolches ergreifenden ſittlichen Macht, — der **Kirche**, eintreten. Wenn aber dieſe Zucht, wie die Rechtspflege des Staats, den mündigen Menſchen vorausſetzt, ſo tritt eine ähnliche Unangemeſſenheit der Staatsrechtspflege b) hinſichtlich aller wirklich rechtsverletzenden Handlungen ein, welche von noch nicht mündigen, überhaupt von ſolchen Individuen begangen werden, die der kriminellen Verantwortlichkeit nicht fähig ſind, ſei es, daß ſie ſich im Stadium der erſt werdenden

---

1) **Wirth** Syſtem der Ethik II. S. 251 — 254. **Mohl** Polizeiwiſſenſchaft I. S. 552 — 560.

Freiheit befinden, wie Kinder, Taubſtumme, nicht ganz zurechnungsloſe Blödſinnige ꝛc., oder daß die Freiheit bei ihnen durch Krankheit in einer ſolchen Weiſe wieder aufgehoben ward, daß ſie zwar relativ als frei, dabei aber doch als partiell von der Macht des Naturkauſalismus Beherrſchte gelten müſſen, wie die partiell Wahnſinnigen ꝛc. (§. 179.) Hier tritt ergänzend die Zucht der Familie und der Schule (worunter auch die ihrem Zweck gemäß organiſirten Irrenheilanſtalten, ſowie die noch ſehr zu vermiſſenden Beſſerungshäuſer für jugendliche Verbrecher zu begreifen ſind) ein. Beide Arten von Zucht haben c) das Eigenthümliche an ſich, daß entweder aus dem Weſen der aufzuhebenden Negation des ſittlichen Geiſtes, oder aus der Beſchaffenheit des handelnden Subjekts die Forderung einer von dem vorherrſchend durch das Princip der objektiven Genugthuung beherrſchten Weſen der öffentlichen Strafrechtspflege verſchiedenen Weiſe der Wiederaufhebung hervorgeht. Vielmehr verlangt der immoraliſche Gehalt der unter die Kirchenzucht fallenden Handlung ebenſo, wie die relative Unfähigkeit zur freien Selbſtbeſtimmung in dem andern Fall, eine vorherrſchend ſubjektive Weiſe der Tilgung der Schuld, deren letztes Princip daher (ſ. §. 164.) das der Beſſerung ſeyn muß.

Anm. — Ueber die häusliche und Schulzucht ſ. Anm. zu §. 179, wo, in weſentlicher Uebereinſtimmung mit Heffter, der entſcheidende Grund, warum jugendliche und ihnen ähnliche Verbrecher von der öffentlichen Strafrechtspflege zu eximiren ſind, ſich ausführlicher angegeben findet. Abegg [1]) legt das Gewicht auf ein andres Moment, nämlich auf die Nothwendigkeit für den Staat, in gewiſſem Umfange das ſittliche Recht der Familie anzuerkennen. Allein, ſo wahr es iſt, daß der Staat

1) In der ſchätzenswerthen Abh. in Demme's Annalen II. S. 1 ff.

das eigenthümliche ſittliche Princip der Familie (und zwar noch in tieferer Weiſe, als es auf der Grundlage von Hegel's Rechtsphiloſophie geſagt werden kann) achten muß und ſich keine Eingriffe darein erlauben darf, ſo iſt doch wohl gerade die vorliegende Frage nicht geeignet, dieſen Geſichtspunkt als den hauptſächlichen hervortreten zu laſſen. Denn das Recht der Erziehung, wovon hier allein die Rede ſeyn kann, bliebe vollkommen gewahrt, wenn gleich der Staat verbrecheriſche Handlungen jugendlicher Subjekte, wodurch dieſe eben die Schwelle des Familienheiligthums überſchreiten und ſich dem öffentlichen Leben der Geſellſchaft preisgeben, vor ſein Forum zöge. Das Recht hiezu dem Staat deshalb abzuſprechen, weil er dadurch ein Recht der Familie verletzte, dürfte ſehr ſchwer fallen, wie denn auch die Behauptung ohne Beweis geblieben iſt. Ferner aber ſind ja in gleicher Lage mit jugendlichen Familienmitgliedern auch familienloſe jugendliche Uebertreter, Taubſtumme, Dumme, partiell Verrückte u. dgl., bei denen allen daſſelbe Bedürfniß der Exemtion von der eigentlichen Strafrechtspflege obwaltet, ohne aus einem ſittlichen Rechte der Familie deducirt werden zu können. In der Sache ſtimmt aber freilich Abegg mit der obigen Ausführung überein, aus welcher dann als Konſequenz andrerſeits wieder allerdings eine Huldigung vor dem ſittlichen Princip der Familie hervorgeht, nur daß dabei von keinem ſpecifiſchen Rechte die Rede ſeyn kann, das der Familie als ſolcher, und das ihr gar ausſchließlich zuſtände. Der wahre Grund liegt in der Willensunreife der fraglichen Verbrecher, welchen keine ſubjektive Geſetzesübertretung und eben damit keine kriminelle Schuld imputirt werden kann. Aus dieſem Grunde kann gegen ſie keine objektive Genugthuung ſtattfinden, wie ſie

(ſ. den nächſten Abſchnitt) den typiſchen Charakter der Strafe ausmacht, da deren Vollzug die ausgebildete, der Erziehung entwachſene Freiheit des Subjekts vorausſetzt, wie denn der Staat in ſeiner ſpecifiſchen Sphäre es überall nur mit dem mündigen Menſchen zu thun hat. Gerade, weil der Staat bei ſeiner Reaktion gegen das Verbrechen das Subjekt in ſeiner Freiheit reſpektiren muß, und darum zwar der Strafe eine Richtung auf deſſen Beſſerung geben, nie aber dieſe zum Princip derſelben machen darf, worin eine unerträgliche Bevormundung läge (ſ. §. 164. 165.)[1], gerade deshalb muß er ſolche Individuen, bei denen er einer allgemeinen Norm gemäß und in Folge beſonderer Umſtände (krankhafter Naturanlage ꝛc.) eine völlig freie Selbſtbeſtimmung nicht annehmen kann, von ſeinem Forum zurück und an ein ſolches Forum weiſen, welches eben diejenige Seite am Menſchen zu ergreifen geeignet iſt, die dem Staate unzugänglich bleiben muß. Bei ſolchen Individuen muß das Princip der objektiven Genugthuung, dem ſie noch nicht gewachſen ſind, zurücktreten gegen das ſubjektive Princip der Erziehung oder Wiedererziehung zur Freiheit. Es bleibt zwar im letzteren auch noch erhalten, ſofern eine ſolche Erziehung eine Züchtigung (Strafe im weitern Sinne) zum Mittel hat, aber es bildet nicht mehr den weſentlichen Geſichtspunkt, als welcher vielmehr die Beſſerung (die Zurückdrängung der natürlichen Triebe, Affekte ꝛc., und die Aktualiſirung des Vernunftwillens) hervortritt, daher denn auch Größe und Dauer der Strafe ſich hier nicht nach dem Maß der objektiven That, ſondern darnach richtet, ob die Beſſerung erfolgt oder nicht. Als diejenigen Mächte nun, welche das

1) Vgl. Wirth, Syſtem der Ethik I. S. 121—123.

Subjekt in ſeiner Totalität zu ergreifen geeignet und berufen ſind, erſcheinen die Familie und Schule in Beziehung auf die geiſtig Unmündigen, die Kirche in Beziehung auf die geiſtig Mündigen. — Daß hier mit der Forderung der Kirchenzucht in keinerlei Weiſe eine Uebertragung weltlicher Strafgerichtsbarkeit auf die Kirche gemeint ſei, dagegen enthält der Paragraph die nöthige Verwahrung. Vielmehr ſtimmen wir ganz mit Richter [1]) überein, wenn er ſagt: daß er das Geſchrei nach ſofortiger Einführung einer ſtrengen Kirchenzucht nicht billigen könne, daß er aber die Handhabung der Zucht, nicht durch die alte Kirchenbuße, ſondern durch Ermahnungen, Warnungen, Ausſchließung vom heiligen Abendmahl (alſo durch ſubjektive Mittel) der Beſtimmung der Kirche vollkommen entſprechend finde.

Zweiter Abſchnitt.

Die Strafe.

§. 197.

Nachdem das Verbrechen ſich (§. 166) als verbrecheriſche Handlung, d. h. als die das objektiv im Geſetz ausgedrückte Recht als Recht verletzende, ſchuldvolle Handlung eines freien Subjekts beſtimmt hat, ſo muß nun auch die Wiederaufhebung deſſelben eine neue Beſtimmtheit annehmen. Sie muß Beides in ſich enthalten, die objektive Negation des objektiv hervorgetretenen, und die Tilgung des in der ſubjektiven Schuld ſich vorfindenden Unrechts. Die vermittelte Einheit beider Momente macht das Weſen der Strafe

1) Kirchenrecht §. 214.

aus, welche der geſetzwidrigen Handlung als die vom Staate ausgehende Manifeſtation ihrer Nichtigkeit entgegenſteht. Aus dieſen Momenten ergiebt ſich nun 1) der Begriff der Strafe überhaupt, 2) die möglichen Zwecke derſelben, 3) das Princip der vom Staat ausgehenden Strafe.

Anm. — Zu den hauptſächlichſten Mängeln der von Hegel gegebenen Darſtellung des Strafrechts gehört die Zerreißung der daſſelbe konſtituirenden weſentlichen Momente, deren einige im abſtrakten Rechte, andre bei der bürgerlichen Geſellſchaft abgehandelt werden, wobei dann gerade die Hauptſache, die ſubjektive Seite am Verbrechen und der große Reichthum der hieraus fließenden Beſtimmungen in die Brüche fällt. Eben hieraus erklärt ſich auch die unverdiente Geringſchätzung, womit Hegel ſämmtliche relativen Theorieen in Bauſch und Bogen verwirft, was indeſſen freilich auch wieder in ſeiner geſchichtlichen Stellung gegenüber dem ſubjektiven Idealismus überhaupt ſeine Entſchuldigung findet. Jedenfalls aber hat er ſeiner Deduktion des Strafrechts dadurch geſchadet, daß er es erſt ganz unter den abſtrakt rechtlichen Geſichtspunkt ſtellt und hiebei Behauptungen vorbringt, denen er ſelbſt nachher widerſpricht, ſofort aber daſſelbe unter dem Geſichtspunkt der konkreten Sittlichkeit wieder aufnimmt, ohne ſich klar zu machen, daß dies nicht geſchehen durfte, wenn nicht erſt dem abſtrakten Recht des Verbrechens gegenüber ſeine Moralität in ihrem guten Rchte anerkannt war. Insbeſondre iſt dadurch der Begriff der Strafe um ein weſentliches Stück ſeines Inhalts gekommen, was ſich nirgends deutlicher zeigt, als in der unſpekulativen Rechtfertigung der Todesſtrafe [1]. — Der Beweis dieſer kritiſchen Bemerkung

1) S. die Recenſion von G. Julius in der Hall. A. L. Ztg. Auguſt 1844. nr. 211—215.

liegt übrigens in der bisherigen Darſtellung, zugleich aber freilich auch der Beweis dafür, daß nicht das Fundament, ſondern nur die Durchführung des Princips bei Hegel gegründeter Anfechtung unterliegt.

1. Der Begriff der Strafe.

§. 198.

Die Strafe enthält a) die objektive Wiederherſtellung des Rechts aus ſeiner Negation mittelſt einer dem Werthe nach gleichen Negation des rechtsverletzenden Willens. (§. 6). Dies macht ihre abſtrakte Gerechtigkeit aus, durch welche ſich der Strafzwang ebenſoſehr rechtfertigt, als der Entſchädigungszwang. Ueberall fordert nämlich die Gerechtigkeit, daß das Unrecht, als das in ſich Nichtige, auch wirklich als ſolches aufgewieſen und behandelt, daß mithin der Zwang, den es enthält, durch Zwang wiederaufgehoben werde, und zwar durch einen ihm gleichen Zwang, weil die zweite Negation allein durch die erſte geſetzt und nichts Andres iſt, als die Selbſtdarſtellung ihrer Richtigkeit. Gegenüber dem bürgerlichen Unrechte wird dieſe Forderung erfüllt durch den Entſchädigungszwang. Denn der Gegenſtand der Verletzung iſt hier nicht die Subſtanz des Rechts, der allgemeine Wille in dem Objekte derſelben, ſondern nur die rechtliche Beziehung dieſes Objekts auf einen beſondern Willen; daher iſt auch die Rechtsverletzung hier nur objektiv, nicht im Bewußtſein des Verletzenden vorhanden. Zur Wiederherſtellung des Rechts aus ſolcher Negation iſt daher nichts weiter erforderlich, als daß die rechtliche Beziehung der Sache auf den beſondern Willen, dem ſie gehört, unmittelbar oder mittelbar (in der Reſtitution des Werths) ausgeſprochen und vollzogen wird. Denn das Unrecht lag nur darin, daß der Wille ſich ohne Berechtigung in die Sache legte und deren rechtliche Beziehung auf einen fremden Willen

verneinte. Dieſes Unrecht iſt aber völlig gut gemacht, wenn ihm eben die Unrichtigkeit dieſer Verneinung aufgewieſen, d. h. wenn er gezwungen wird, die rechtliche Beziehung des fremden Willens auf die Sache anzuerkennen, indem er ſie oder ihren Werth reſtituiren muß. Dagegen kann dieſer Zwang gegen das Verbrechen nicht ausreichen, in welchem gerade die Subſtanz des Rechts, der allgemeine Wille in dem Objekte der Verletzung verneint wird. Dieſe Verneinung kann durch die etwa mögliche Reſtitution der äußerlichen Sache oder ihres Werths nicht wieder aufgehoben werden, da ſie weit über dieſe hinausgeht, und in vielen Fällen eine ſolche Entſchädigung unmöglich iſt. Ebendaher fällt auch hier die Nothwendigkeit der Entſchädigung des verletzten beſondern Willens hinweg, weil nicht deſſen Beziehung auf das Objekt der Verletzung, ſondern der ſubſtantielle Wille darin den Gegenſtand des Angriffs ausmacht [1]). Zwar muß der Entſchädigungszwang, ſobald ſeine Bedingungen gegeben ſind, neben dem Strafzwange hergehen. Aber dann betrifft er eben nicht das, was das Specifiſche des Verbrechens ausmacht, und wogegen ebendeshalb noch ein weiterer Zwang nothwendig iſt. Das ſpecifiſche Unrecht des Verbrechens beſteht vielmehr einzig in der Verneinung des allgemeinen Willens durch den verletzenden beſondern Willen, und nur dieſe Verneinung kann hier den Gegenſtand der Wiederaufhebung bilden. Fragt man aber, worin die in dieſer Verneinung enthaltene Verletzung ihre poſitive Exiſtenz habe, ſo ergiebt ſich, daß ſie ſolche nicht in der Subſtanz des Willens ſelbſt haben kann, welche vielmehr das Unverletzliche, über alle Verneinung Erhabene iſt. Sie kann mithin nur in dem Willen des Verbrechers ſelbſt zu ſuchen ſeyn, der folglich,

---

1) Dies ſcheint G. Julius in der angef. Rec. wenn wir ihn recht verſtanden haben, nicht gehörig zu beachten.

eben inſoweit er verbrecheriſcher Wille iſt, wiederaufgehoben werden muß. Indem aber die Wiederaufhebung dieſes Willens nur die Selbſtdarſtellung ſeiner eigenen Nichtigkeit iſt, ſo muß ſie als gleicher Zwang gegen den von dem verbrecheriſchen Willen ausgeübten Zwang hervortreten, d. h. die Verletzung, welche dieſer dem allgemeinen Willen — aber freilich nur in ſeinem frechen Wahne — angethan hat, muß an ihm ſelbſt vollzogen werden. In dieſer Wiedervergeltung, in dieſem Akte, wodurch der verbrecheriſche Wille als das Nichtige, was er iſt, geſetzt und zwar in dem Umfange und der Intenſität nichtig geſetzt wird, in welchem er ein ſolches Nichtige iſt, — liegt hier die angemeſſene Wiederherſtellung des Rechts; es iſt dies die objektive Genugthuung nach dem abſtrakten Grundſatz der Gerechtigkeit.

Anm. — Das Princip der Gerechtigkeit wird häufiger ausgeſprochen, als deducirt und entwickelt, deshalb finden ſich auch ſo verſchiedenartige Theorieen unter deſſen Fahne zuſammen[1]). Schon auf dieſem abſtrakten Standpunkte zeigen ſich die Mängel, denen man hier ſo häufig begegnet. Bald irrt man nämlich in die Moral, bald in das Privatrecht ab, und verkennt in beiden Fällen das wahre Objekt der kriminaliſtiſchen Gerechtigkeit. Beiderlei Irrthümer ſchreiben ſich aus der vorkantiſchen Rechtsphiloſophie her, deren Beruf überhaupt es war, die Begriffe von Recht und Moral, die ſich bei Grotius[2]) und ſeinen nächſten Nachfolgern noch in Vermiſchung finden, zu ſondern. Die Forderung einer moraliſchen Wiedervergeltung[3]) erſcheint nur als eine

1) S. Mittermaier zu Feuerbach §. 7 a. not. c—b. Luden Hdbuch. I. §. 13.

2) Daß die Strafe ein Uebel für ein Uebel ſei, hat man übrigens dem Grotius bis heute nachgeſchrieben.

3) Jakob Philoſ. Rechtslehre §. 65. Abicht Lehre von Belohnungen und Strafen.

Folge des noch nicht vollzogenen Scheidungsproceſſes, und es iſt daher ſonderbar, wie man derlei Theorieen neuerdings wieder mit ſolchen zuſammengeſtellt findet, welche, von der modernen Spekulation ausgegangen, allerdings den Kant-Fichtiſchen Dualismus von Recht und Moral verwerfen und von der Idee der Sittlichkeit ausgehen, damit aber natürlich etwas ganz Anderes meinen, als jene vorkantiſche Moral. Dagegen hat ſich die Uebertragung des privatrechtlichen Geſichtspunkts auf das Strafrecht [1]) deshalb länger fortgepflanzt, weil auch in der Kant-Fichtiſchen Philoſophie noch das Staatsrecht von dem Privatrechte keineswegs emancipirt war. Uebrigens iſt ſchon von Abegg (L.B. S. 62) mit Recht bemerkt, daß die Art der Begründung ſolche Theorieen durchaus als relative erſcheinen laſſe. Man muß aber noch weiter gehen und behaupten, daß von dem allgemeinen Standpunkt des ſubjektiven Idealismus aus (und wenigſtens als deſſen Vorbereitung erſcheint das vorkantiſche Naturrecht) überall eine wahre Gerechtigkeitstheorie konſequenter Weiſe gar nicht möglich war, da man, wenn man nicht mit Kant [2]) zu dem, von Fichte gehörig gewürdigten, kategoriſchen Imperativ greifen, d. h. ſich alle Konſequenz erſparen wollte, doch nicht umhin konnte, die aus der Gerechtigkeit begründete Strafe definitiv erſt durch den Staatsvertrag und ſeine Zwecke zu rechtfertigen. Damit iſt aber von ſelbſt das Abſolute wieder zum Relativen, das Gerechte zum Zweckmäßigen herabgeſetzt. Eine wahrhaft abſolute oder

1) Schulze Leitfaden der Entw. der philoſoph. Principien des Rechts u. A. und relativ auch Klein u. Schneider.

2) Vgl. auch ſeine Nachfolger Tieftrunk, Beck, Bergk, Tafinger (bei Wächter I. S. 43 angef.), und dagegen Grolmann über die Begründung des Straf.R. S. 216 ff.

Gerechtigkeitstheorie konnte daher überall erſt aus der entgegengeſetzten Weltanſchauung des objektiven Idealismus hervorgehen, da dieſem allerdings das Recht kein bloß techniſch-praktiſcher Begriff, ſondern ein An und für ſich Seiendes iſt. Einen Uebergang zu dieſer Betrachtungsweiſe der ſtrafrechtlichen Gerechtigkeit kann man bei Welker [1]), und noch entſchiedener bei [2]) Borſt anerkennen; ſofern ſie dem verletzten Individuum den Staat, dem materiellen Schaden einen idealen ſubſtituiren und ſo die privatrechtliche Auffaſſung der Gerechtigkeit auf den richtigen Standpunkt hinüberführen. Neuerdings wird aber der von Abegg mit gutem Recht angewandte Ausdruck: Gerechtigkeitstheorie vielfach zum bequemen Deckmantel für allerlei eklektiſche Fragmente in der verſchiedenſten Miſchung gebraucht, ſo daß er ganz in Mißkredit zu kommen droht.

Vor Allem iſt nun feſtzuſtellen, worin denn eigentlich die Gerechtigkeit im Strafrechte beſtehe. Dies thut der Paragraph, woraus erhellt, daß es ſich hier von keiner Vergeltung des Böſen mit Böſem, und überall nicht von einer moraliſchen Wiedervergeltung, ebenſo wenig aber von einer nur ins bürgerliche Recht gehörigen Schadensvergütung handle. Letztere iſt zwar auch eine Form der Gerechtigkeit (während die Frage, ob für die moraliſche Sphäre dieſe Kategorie überall paſſend ſei, hier dahin geſtellt bleiben mag) [3]); allein ſie iſt von der in der Strafe ſich bethätigenden Gerechtigkeit weſentlich unterſchieden, und eine Verwechslung

---

1) Letzte Gründe über Recht, Staat, Strafe. Vgl. Wächter I. §. 28.

2) S. die ebenſo gehaltvolle, als kurze Schrift: Verſuch einer neuen rein rechtlichen Darſtellung des Strafrechts.

3) Richter Philoſ. Strafrecht. S. 83—88.

beider gehört ebenſoſehr in der Philoſophie, als in der Geſchichte, des Strafrechts dem Standpunkte der Kindheit an[1]). Auch Borſt (deſſen Recht und Moral vermittelndes Pflichtrecht weſentlich nichts Andres iſt, als Hegels Recht und Moral vermittelnde Sittlichkeit) geht zwar noch ganz von dem privatrechtlichen Standpunkte aus, wenn er Strafe und Schadenserſatz gemeinſchaftlich aus dem dem Rechtsbegriff inwohnenden Princip der Gleichheit und der dadurch geſetzten ſtrengen Reciprocität alles äußeren Handelns der Menſchen unter einander ableitet (S. 77 ff.). Allein nicht nur verwirft er (S. 54 ff.) die Privatrache und vindicirt das Recht der Wiedervergeltung dem in ſeinem einzelnen Gliede mitbeleidigten Staate (wornach denn die Formel ganz richtig lautet: Wie der Verbrecher den Staatsbürger und in ihm den Staat behandelt, ſo darf er wieder behandelt werden), ſondern er ſucht auch beſonders noch zwiſchen den Begriffen der Strafe und des Schadenserſatzes eine ſcharfſinnige Unterſcheidung aufzuſtellen (S. 59—61), die freilich an dem Mangel leidet, daß der Verfaſſer das wahre Objekt des, neben dem materialen hergehenden, idealen Schadens noch nicht aufzufinden vermochte. Eben hier wird dann Borſt durch Welker[2]) ergänzt, deſſen Ausführung von Wächter und Abegg mit Recht gegen die vielfach ungerechte Behandlung, die ſie erfahren hat, in Schutz genommen wird. Nur freilich miſcht Welker in den aufgefundenen richtigen Gedanken mehreres Andre ein, was ebenſowenig anerkannt werden kann, als die tiefere Begründung aus ſeiner Anſicht von Recht und Staat überhaupt. Wie ſchwer es aber

1) Abegg Strafrechtstheorieen. §. 13.
2) A. a. O. S. 249 ff.

überhaupt der Philoſophie geworden ſei, den Begriff der ſtrafenden Gerechtigkeit auf die gehörige Weiſe von dem der privatrechtlichen zu ſondern, das zeigt ſich auch noch bei Richter [1]), wenn er die kriminelle Wiedervergeltung in die rechtliche Ausgleichung zwiſchen den Gütern und Rechten des Verletzten und des Verletzers ſetzt. Er iſt zu dieſer falſchen Anſicht durch den an ſich ganz wahren Gedanken geleitet worden, daß das Recht der Subſtanz nach das ewig Unverletzliche iſt. Allein nun hätte er die poſitive Exiſtenz der Verletzung beim Verbrechen nicht in dem gekränkten Rechte der beleidigten Perſon, ſondern in dem Willen des Verbrechers ſuchen ſollen, wo ſie allein zu finden iſt. Nur hierin aber liegt der Mangel ſeiner Ausführung, wovon dasjenige, was Luden [2]) gegen ihn vorbringt, nur eine untergeordnete Konſequenz iſt. Wie Letzterer überhaupt ſich gegen den Begriff des reciproken Maßes als weſentlichen Moments im Begriffe der Gerechtigkeit erklären mag, iſt um ſo weniger zu begreifen, als dies ja eine nothwendige Folgerung aus der von ihm aufgeſtellten Bezeichnung der in der Gerechtigkeit liegenden Gleichheit iſt, ſobald es ſich von beſtimmten Rechtsverhältniſſen der Menſchen gegen einander handelt, daher er denn auch für das Privatrecht gar nicht entbehrt werden kann. Allerdings darf dieſe Form der Gerechtigkeit nicht unmittelbar auf das Strafrecht übergetragen werden, aber nicht deswegen, weil der Begriff des gleichen Maßes ihr nicht nothwendig wäre, ſondern bloß deswegen, weil das Verbrechen als ſolches kein Verhältniß zwiſchen Perſonen, ſondern lediglich ein Verhältniß

1) A. a. O. S. 99 ff.

2) Handbuch I. S. 40. not. 7.

zwiſchen dem beſondern Willen einer Perſon und dem allgemeinen Willen begründet. Daß nun aber Luden allen übrigen Begründungen der Gerechtigkeitstheorie eben die Forderung des gleichen Maßes zwiſchen Verbrechen und Strafe wiederholt zum Vorwurf macht [1]), iſt um ſo auffallender, als nicht nur ſicherlich Niemand die Gerechtigkeit ohne dieſe Forderung ſich zu denken vermag, vielmehr darin gerade das Weſen derſelben erkennt, ſondern auch Luden ſelbſt in der That ganz daſſelbe thut, was er Andern zum Vorwurf macht, indem er eine Verbrechensſkala und eine Strafſkala fordert und verlangt, daß dem ſchwerſten Verbrechen die ſchwerſte Strafe, dem leichteſten die leichteſte folgen ſoll [2]). Hierin liegt nicht nur die Anerkennung, daß der Werth jedes beſtimmten Verbrechens in einem entſprechenden Strafwerthe ausgedrückt werden müſſe, ſondern es iſt auch klar geſagt, daß jedes Verbrechen ein gewiſſes Maß von Freiheitsentziehung (Strafe), jedenfalls das Minimum in der einen Reihe noch das Minimum in der andern verdiene. Da nun zugleich gefordert iſt, daß die Werthe in beiden Reihen gleichmäßig ſteigen ſollen, ſo haben wir hier offenbar nichts Anderes, als Hegels Wiedervergeltung nach dem Werthe, die Verletzung des Willens im Maße der von ihm ausgegangenen Verletzung. Wir haben ſie nur hier ohne Begründung; verſucht man aber die fehlenden Mittelglieder aus den angegebenen Prämiſſen herzuſtellen, ſo iſt wiederum in der Sache kein Unterſchied zu entdecken. Er ſagt nämlich [3]): a) Aus der Gerechtigkeit folge das Recht für jeden, in gleichem Maße frei zu handeln, unter der Bedingung, daß er rechtlich handle.

1) A. a. O. I. S. 42. not. 10. 11.
2) A. a. O. I. S. 22. 23.
3) A. a. O. I. S. 7 ff.

b) Es wäre ein Widerſpruch, wenn auch ein widerrechtlich Handelnder dieſes Recht in gleicher Weiſe (d. h. in dem gleichen Maße) haben ſollte. c) Mithin müſſe das Recht, frei zu handeln, mehr oder weniger in dem Maße geſchmälert werden, je nachdem einer mehr oder weniger durch Verbrechen eine ſolche Schmälerung verdiene, da er das volle Maß nur dann verdiene, wenn er rechtlich handle. Kommt aber ſomit daſſelbe Reſultat heraus, ſo war es kein glücklicher Gedanke, gerade den tiefen Gedanken Hegels über Bord zu werfen, daß der Verbrecher ſich das Geſetz ſeiner Strafe ſelbſt ſetze, wie denn überhaupt dieſe ganze Gerechtigkeitstheorie ſich auf einem noch vielfach aus Kantiſchen Elementen gebauten Fundamente etwas ſchwankend ausnimmt und mit der gar zu leicht genommenen Identifikation von Sittlichkeit und Recht, die ebenſo abſtrakt iſt, als der Kantiſche Dualismus, unſre Zeit kaum befriedigen dürfte.

§. 199.

In dieſer objektiven Genugthuung liegt erſt der reine Akt der Gerechtigkeit, deren Weſen es mit ſich bringt, jedes Glied des Ganzen in ſeinen richtigen Grenzen anzuerkennen und feſtzuhalten, mithin auch zu negiren, ſoweit es über dieſe hinaus in fremde Sphären übergreift [1]). Es iſt damit die Nichtigkeit des verbrecheriſchen Willens nur an dieſem (durch die Aufhebung ſeines Seyns in dem Maße, als er eben verbrecheriſch und hiemit ein Nichtiges iſt), noch nicht für ihn, d. h. als ſeine Selbſtbeſtimmung geſetzt. In dem Begriffe der Strafe liegt aber auch b) die Aufhebung des Verbrechens in der verbrecheriſchen Subjektivität, d. h. die Aufhebung der verbrecheriſchen Geſinnung. Sie muß hiernach auch die §. 160—164 angegebenen Mo-

1) Wirth Ethik II. S. 321.

mente an ſich haben, d. h. ſie muß die Abſicht enthalten, von dem Verbrecher ſelbſt und von Andern, in denen Geneigtheit zu ähnlichen Verbrechen obwaltet, als eine gerechte Züchtigung empfunden zu werden und dadurch Abſchreckung und Beſſerung zu bewirken.

§. 200.

Sofern es aber c) der Staat iſt, der Strafe gegen Verbrechen verhängt und im weſentlichen Unterſchiede von den andern ſittlichen Sphären, welche gleichfalls zur Wiederaufhebung des Unrechts berufen ſind (§. 195. 196) — nur ſolche Subjekte als Verbrecher vorausſetzt, bei denen einer allgemeinen Norm zufolge die Freiheit als dem Stadium der Erziehung entwachſen anzunehmen iſt, ſo ergiebt ſich als das Verhältniß der objektiven und ſubjektiven Seite der Strafe dies, daß die letztere innerhalb der erſteren gehalten bleiben muß. Der Staat darf daher zwar der Strafe keine der in ihrem Weſen liegenden ſubjektiven Intention entgegengeſetzte Qualität geben. Allein umgekehrt darf er auch nicht dieſe ſubjektive Intention als die Hauptſache mit Zwang zu verwirklichen ſuchen [1]); mithin darf er ſie nur als Moment an der objektiven Genugthuung ſetzen (ſ. §. 165). Gerade hierin liegt aber auch die ſubjektive Gerechtigkeit der Strafe. Indem nämlich der Staat den verbrecheriſchen Willen eben in dem Maße als nichtig ſetzt, in welchem er ſelbſt ſich als nichtig (als Negation des Vernunftwillens) gezeigt hat, ſo vollzieht er nicht nur die Forderung des abſtrakten Rechts, ſondern er ſorgt auch dafür, daß dieſes Recht zum Wohl des Verbrechers werde, daß ihm die Nichtigkeit ſeines verbrecheriſchen Willens als ſolche zum Bewußtſein komme

1) Denn „wie mag man einen Schergen oder Gerichtsdiener für einen Erzieher, ein Gefängniß für ein Gymnaſium, oder Galgen, Rad und Pranger für Turnanſtalten des Geiſtes anſehen?“ Richter Philoſ. Strafrecht S. 142.

und daß hiernach in ihm ſelbſt der Vernunftwille aus ſeiner Negation wiederhergeſtellt werde, womit die Abſchreckung und Beſſerung von ſelbſt gegeben ſind. Dieſes Beſtreben iſt aber gegenüber dem freien Subjekte nur in dem Maße gerecht, als es ſelbſt in ſeiner Handlung ſeine Subjektivität entäußert hat. Nur ſo weit darf ihm vom Staate die Nichtigkeit ſeines Willens aufgewieſen werden. In dieſer Beſchränkung liegt daher die Anerkennung des Rechts der freien Subjektivität zugleich inſofern, als ſie nur nach dem Geſetze behandelt wird, welches ſie ſelbſt aufgeſtellt hat.

Anm. — Auch ſolche, welche nicht in kindiſchem Eifer gegen die Lehre Hegels zu Felde ziehen, nehmen doch beſonders an den Sätzen Anſtoß: daß die Strafe Zwang gegen Zwang ſei, und daß der Verbrecher nach dem von ihm ſelbſt aufgeſtellten Geſetze behandelt werde [1]. In erſterem glaubt man nämlich zu finden, daß die Strafe ſelbſt als ein Unrecht erſcheine, welches dem Unrechte des Verbrechens entgegentrete, und Letzteres findet man des Staates unwürdig. Zunächſt wird man doch aber wohl nicht dem Philoſophen die Abſurdität aufbürden wollen, als halte er wirklich die Strafe für ein Unrecht und verlange vom Staat, daß er das Geſetz der Unvernunft befolge. Dann würde man aber vielleicht beſſer daran gethan haben, ſich ſelbſt eines Mißverſtändniſſes zu zeihen. In der That iſt nun auch der erſte Satz ganz unverfänglich und drückt nur den, ſowohl von Abegg, als von Luden gleichfalls angenommenen Grundſatz der abſtrakten Gerechtigkeit aus. Auch wird ihm wohl jene ſonderbare Deutung nur um des zweiten willen gegeben. Allein, was dieſen betrifft,

1) Luden Handbuch I. S. 41, der ſich freilich hierin auf Abegg berufen darf.

ſo iſt die Auslegung, die man ihm giebt, gegen Hegel um ſo ungerechter, als dieſer an der Hauptſtelle (§. 100), wie die Anwendung auf den Streit zwiſchen Kant und Beccaria zur Genüge zeigt, damit gar nichts Andres ausdrücken will, als was die Philoſophen vor ihm in der Forderung aufſtellten, daß der Verbrecher in die Strafe eingewilligt haben müſſe. Indem der Staat den Verbrecher in dem Maße verletzt, in welchem dieſer das Recht verletzte, thut er ihm keine blinde, willkührliche Gewalt an, ſondern etwas, das der Verbrecher ſelbſt als nothwendig und gerecht, als ſein Recht anerkennen muß; denn, obgleich es hiezu keines vorherigen Verſprechens, ſich ſtrafen zu laſſen, bedarf, ſo liegt ja vielmehr die Einwilligung in die Strafe und ihr Maß in der Handlung des Verbrechers ſelbſt, ſofern dieſer als potentiell Vernünftiger ja ſelbſt die Nichtigkeit ſeiner Handlung und die Nothwendigkeit ihrer Nichtigſetzung durch den Staat einſehen muß, mithin, wenn er ſich gleichwohl zu der Handlung entſchließt, deren Folge ſelbſt hervorruft, d. h. das Geſetz, worunter er zu ſubſumiren iſt, als ein von ihm ſelbſt geſetztes, von ſeiner eigenen Vernunft gutgeheißenes anzuerkennen hat. Dies will Hegel[1]) ſagen und ſagt es auch in ſolcher Weiſe, daß das Mißverſtändniß ſchwer zu begreifen iſt; denn, was Abegg (Lb. S. 73 ob.) gleich nach der Entgegnung gegen Hegel ausführt, iſt ganz das eben Geſagte. Mit viel größerem Rechte wäre dieſem vorzuwerfen geweſen, daß dieſe Anticipation der ſubjektiven

1) Vgl. Rechtsphiloſ. §. 220. und S. 195. Darum heißt es auch, darin werde der Verbrecher als ein Vernünftiger geehrt, daß nur ſein eigenes Geſetz an ihm vollzogen werde. Kant ſagt aber daſſelbe, wenn er will, daß der Verbrecher nicht als Mittel behandelt werde.

Gerechtigkeit der Strafe in der Lehre vom abſtrakten Rechte gar nicht an ihrer Stelle, und ſelbſt im §. 220 nicht durch die nothwendigen Mittelglieder gerechtfertigt ſei [1]). Das thut jedoch der Wahrheit des Satzes keinen Eintrag, wie denn derſelbe in ſeinem richtigen Sinne auch von Abegg anerkannt wird. Nur wird er von ihm, wie von Hegel ſelbſt, nicht in ſeinem ganzen Gehalte benützt, der ihm vielmehr nur dann abzugewinnen iſt, wenn er mit der, freilich bei der abſtrakten Subſtantialität des Hegel'ſchen Syſtems nicht ſonderlich beliebten, Forderung der ſtrengen und aufrichtigen Anerkennung des Rechts der freien Subjektivität in Verbindung geſetzt wird. Eben dieſen Geſichtspunkt ſuchen nun die vorſtehenden Paragraphen hervorzuheben.

Der Verbrecher ſetzt ſich ſeine Strafe ſelbſt. Darin liegt nicht nur das eben Angegebene, daß ſie ihn nicht als ein fremdes, eine äußere Gewalt trifft, ſondern, was auch Hegel mit tiefer Wahrheit hervorhebt, zugleich, daß ſie eine Forderung ſeines eigenen beſſeren Ichs und ſomit ihre Vollziehung eine Wohlthat für den Verbrecher, nämlich die Wiederherſtellung ſeines eigenen Vernunftwillens aus der Unvernunft iſt [2]). Letzteres iſt auch von Andern aufgefaßt, nur freilich oft in unklare und myſtiſche Formeln gehüllt [3]). Man hat ſich dabei gerade die Hauptſache, nämlich das Verhältniß dieſes ſubjektiven Moments der Strafe zu ihrem objektiven, nicht klar gemacht. Erſteres führt, ſelbſtändig geltend gemacht, unfehlbar zur Beſſerungstheorie und hebt folgerichtig das der objektiven Wiedervergeltung geradezu auf

1) S. G. Julius in der zu §. 197 angef. Recenſion.

2) Vgl. Richter Philoſ. Strafr. S. 139—141.

3) Henke I. §. 2. 3. vgl. Oerſted Grundregeln S. 35—38. — Duc de Broglie Revue française 1828. Sept. p. 13 ff.

(ſ. §. 165). Zwar hat Oerſted nicht Recht, wenn er meint, das Wiedererwachen des beſſeren Princips im Verbrecher bedinge nicht die Abbüßung durch die Strafe; wohl aber hat er Recht, wenn er ſagt, daß die Strafe nicht unmittelbar das Mittel ſeyn könne, um jene Umkehr des Verbrechers zur Vernunft zu bewirken. Daß denn auch die Koordination beider Forderungen, der objektiven Genugthuung und der ſubjektiven Wirkung der Strafe nichts taugt, zeigt am beſten das Vage und Schwankende derjenigen Theorieen, welche ſie aufſtellen, und welche den Widerſpruch zwiſchen den praktiſchen Reſultaten ihrer verſchiedenen Principien durch volltönende geſchichts-philoſophiſche Allgemeinheiten nur oberflächlich zuzudecken vermögen. Ohne allen Zweifel gehört zum ſittlichen Begriffe der Strafe mehr, als ihre abſtrakte Gerechtigkeit, nämlich auch die Tilgung der Schuld; aber das Weſentliche iſt nun eben die Frage nach der Vermittlung dieſer beiden Elemente. Dieſe muß eine verſchiedene ſeyn, je nach der Verſchiedenheit der ſittlichen Sphäre, welche ſtrafend auftritt. So gewiß nun aber Familie, Kirche und Schule, welche es mit der geſammten Perſönlichkeit des Menſchen zu thun haben, das ſubjektive Element der Strafe zu ihrem Princip machen, d. h. die Strafe als Mittel der Erziehung verwenden müſſen, ebenſo gewiß muß beim Staate, der das Verbrechen des Mündigen zu ſtrafen hat, gerade das Umgekehrte eintreten. Zwar darf er nun die zum Weſen der ſittlichen Strafe gehörige ſubjektive Intention derſelben niemals verläugnen, ſondern muß im Gegentheil möglichſt dafür ſorgen, daß ſie mittelſt der objektiven Genugthuung bewirkt werde. Aber zum Princip darf er ſie nicht machen wollen [4]) vielmehr hat er ihr Wirklichwerden zunächſt

---

2) Richter S. 141. 142. 171–174.

der ſubjektiven Freiheit des Verbrechers anheimzuſtellen, der ſich denn, je nachdem er verſtockter oder empfänglicher iſt, durch die Strafe abſchrecken, zur Beſſerung bewegen, oder auch ſubjektiv nicht angreifen laſſen kann. Dieſe ſpeciellen ſubjektiven Tendenzen kann der Staat ſo wenig, als die in der objektiven Genugthuung an und für ſich liegende, den Verbrecher zum Bewußtſein der Nichtigkeit ſeines verbrecheriſchen Willens zu bringen, erzwingen wollen, ausgenommen dann, wenn das Verbrechen von ſolcher Tiefe iſt, daß die Nothwendigkeit der Abſchreckung und Beſſerung mittelſt vormundſchaftlicher Einwirkung von Seiten des Staats als integrirendes Moment an dem Princip der objektiven Genugthuung ſelbſt hervortritt (§. 206). Eben dadurch iſt er gegen den Verbrecher gerecht und ehrt ihn als einen potentiell Vernünftigen, was hiemit noch einen tieferen Sinn erhält, als bei Hegel, der die ſubjektive Freiheit überall ſo gern mit dem ſpinoziſtiſchen Wiſſen der Nothwendigkeit abfindet. — Gerade dieſe Anerkennung der ſubjektiven Freiheit muß nun aber beſonders hervorgehoben werden, weil nur hiedurch die Strafe auch ſubjektiv gerecht wird. Hier iſt wieder einer der Punkte, in welchem ſich die Abſtraktheit des objektiven Idealismus zeigt. Solche erſcheint zwar bei Hegel ſchon wieder ſehr gemildert; dagegen findet ſie ſich in ihrer ganzen Schroffheit bei denjenigen, welche es ſich zum Geſchäfte gemacht haben, jene Abſtraktion gerade zum Extrem auszubilden, d. h. den Menſchen ganz und vollkommen als bloße Accidenz zu ſetzen und daher in der Strafe eben nur das erſte Moment der objektiven Genugthuung (der Neutraliſation des verbrecheriſchen Akts durch die Majeſtät des Staats, und der damit bewirkten Wiederherſtellung der Geſundheit des Staatsorga-

nismus) [1]) anzuerkennen, welcher einfache Gedanke dann bei ſolchen, welche der Philoſophie eine religiöſe Appretur geben zu müſſen glaubten, in den myſtiſchen Ausdruck überſetzt wird, daß der Staat, als das Mittelreich zwiſchen dem Reiche der Natur und dem Reiche Gottes und durch den Sündenfall nothwendig gewordenes Abbild und Organ des letzteren, ſeine nothwendige Ordnung gegen alle Verletzungen wiederherſtellen und dies durch Bewältigung des Verbrechers mittelſt phyſiſchen Leidens ausführen müſſe [2]).

2) Die Strafzwecke.

§. 201.

Die Zwecke der Strafe können nichts Anderes ſeyn, als die in der Kategorie des Sollens geſetzten Momente ihres Begriffs. Würde ſie nämlich auf einen außerhalb dieſes liegenden Zweck bezogen, ſo wäre damit eine Verneinung ihrer begriffsmäßigen Nothwendigkeit, hiemit aber die Aufhebung ihres ſittlichen Charakters und ihre Selbſtloſigkeit gegen jedes beliebige fremde Princip geſetzt. Als weſentliche Momente der Strafe haben ſich aber ergeben a) die objektive Wiederherſtellung des Rechts, b) die Aufhebung der ſubjektiven Geneigtheit zum Verbrechen, c) die Beziehung auf den Staat.

Anm. — Mit gutem Recht haben Henke, Jarcke, Abegg [3]) u. A. ausgeſprochen, daß die von den ſog. relativen Theorieen aufgeſtellten Strafzwecke nur Modalitäten der zuvor als gerecht nachgewieſenen Strafe

---

1) Vgl. Wagner Syſtem der Idealphiloſophie. S. 136 ff.

2) Stahl Rechtsphil. II. 2 S. 81 ff. S. 363 ff. Jarcke Lb. I. S. 240 ff. Göſchel zerſtreute Blätter. I. S. 468 ff. Link das Naturrecht unſrer Zeit.

3) Henke I. §. 4. Jarcke I. S. 246 ff. Abegg Strafrechtstheorieen. S. 53—73.

ſeyn dürfen, wie ſie ſich auch geſchichtlich allerdings als nie ausbleibende Konſequenzen einer vernünftigen Strafrechtspflege gezeigt haben. Allein damit iſt der organiſchen Entwickelung des Begriffs noch ſo wenig genügt, als mit der offen dargelegten Geringſchätzung, womit Hegel 1) jene Strafzwecke behandelt. Denn, ſo lange dieſelben der Strafe nur nebenher angehängt und ſozuſagen auch ſo mit drein gegeben werden, ſo bleibt deren ſittlicher Charakter immer noch relativ beeinträchtigt und die Strafe wenigſtens theilweiſe zum ſelbſtloſen Mittel herabgewürdigt. Vielmehr müſſen, wozu Abegg allerdings Andeutungen giebt, die Zwecke der Strafe als Momente ihres Begriffs nachgewieſen und lediglich aus dieſem, ſchlechthin aber nicht mehr von außen her beſtimmt werden, was denn freilich eine konkretere Beſtimmung dieſes Begriffs, als ſie ſich auch bei Abegg findet, vorausſetzt 2). Denn der weſentliche Unterſchied der ſog. abſoluten Theorie von der relativen beruht nicht ſowohl darin, daß jene die Strafe für an und für ſich ſelbſt gerecht, letztere dagegen nur für zweckmäßig (relativ nothwendig) erklärt, ſondern in den Gründen, woraus dieſe Behauptungen nur als Konſequenzen fließen. Dieſe Gründe ſind aber nur die letzten Fundamente der objektiv-idealiſtiſchen Anſchauungsweiſe auf der einen, und der ſubjektiv-idealiſtiſchen auf der andern Seite, indem die eine den ſubſtantiellen Geiſt, die andre das Ich als das Prius ſetzt, daher die erſtere alle ſittliche Nothwendigkeit als auf ſich ſelbſt beruhend aufweiſen muß, während letztere dieſelbe immer endlich auf das Intereſſe

---

1) Rechtsphiloſophie. S. 133—135.

2) Am vollſtändigſten, nur ohne die gehörige dialektiſche Begründung, finden ſich die Momente bei Henke zuſammengeſtellt.

des Ichs zu beziehen und als deſſen Produkt darzuſtellen die Aufgabe hat. Offenbar kann aber der Staat der erſten Anſicht nicht zugleich der Staat der andern ſeyn, mithin auch nicht neben der abſoluten Nothwendigkeit der Strafe her noch Zwecke derſelben anerkennen, die ihr Princip außer deren Begriff in den Zwecken des um des Ichs willen ſeienden Staates haben [1]).

§. 202.

a) Der erſte und vorzüglichſte Zweck der Strafe iſt die objektive Wiederherſtellung des Rechts aus ſeiner Negation, welche Wiederherſtellung aber nur dadurch vollzogen wird, daß die Negation eben da, wo ſie allein poſitive Exiſtenz hat, am Willen des Verbrechers aufgehoben wird. Denn weder trifft die Subſtanz des Rechts ſelbſt eine wirkliche Verletzung, noch kann es ſich hier um die Wiederherſtellung des verletzten Einzelrechts (für welche der Entſchädigungszwang zur Seite geht), und noch viel weniger um eine Genugthuung für das Rechtsgefühl des Verletzten oder Anderer handeln, da einerſeits die Kränkung dieſes Rechtsgefühls nur eine zufällige Wirkung des Verbrechens, andrerſeits für den Vernunftwillen Aller das Verbrechen ein in ſich Nichtiges iſt, durch deſſen objektive Wiederaufhebung mithin dieſes Rechtsgefühl vollſtändig befriedigt wird [2]). Das exiſtirende Uebel iſt eben nur der unvernünftige Wille des Verbrechers, ſoweit er unvernünftig iſt. Durch die Setzung ſeiner Nichtigkeit wird daher dem Anſpruch des vernünftigen Allgemein=Willens auf abſolute Geltung auf angemeſſene Weiſe genug gethan [3]).

Anm. — Da auch die Forderung der abſtrakten

---

1) Vgl. die etwas ſchwankend gehaltene Ausführung bei Richter S. 171—174. 176—180.

2) Hegel §. 99.

3) Wirth Ethik II. S. 320.

Gerechtigkeit als Zweck geſetzt werden kann, ſo iſt es natürlich, daß auch das Specifiſche der ſog. abſoluten Theorie auf dem Fundamente der relativen nicht ſelten angetroffen wird. Schon Grotius [1]) hat beide Geſichtspunkte vereinigt und eben damit ein viel vollſtändigeres Geſammtbild der Strafe geliefert, als ſeine ſämmtlichen Nachfolger, nur freilich noch auf eine keineswegs philoſophiſch vermittelte Weiſe, daher bei ihm moraliſche und rechtliche Wiedervergeltung, Entſchädigung und Strafe, abſolute und relative Nothwendigkeit der letzteren noch friedlich in einander laufen, die Wiedervergeltung ſelbſt aber noch ganz in der naiven Form des malum passionis ob malum actionis, d. h. auf dem Standpunkte der Privatrache [2]) vorkommt. — Aber auch ſpäter findet ſich nicht ſelten die objektive Genugthuung in verſchiedenen Modifikationen als Strafzweck in der Weiſe der relativen Theorieen aufgeſtellt. Indeſſen fehlen dieſe Theorieen ſämmtlich darin, daß ſie den zu vergütenden Schaden da ſuchen, wo er nicht zu finden iſt, und infolge davon bald ganz in die Abſchreckungstheorie hinüber irren, wie Klein und Schneider [3]), bald dem ſtaatsrechtlichen Standpunkte den ſchlechthin unangemeſſenen privatrechtlichen unterſchieben, wie Welcker. Erſtre nämlich ſuchen den Schaden in dem durch den Vortheil aus dem Verbrechen bei andern Bürgern erzeugten Reize zur Nachahmung, was ſie, ganz abgeſehen von der unbegreiflichen Verbindung der hierauf gegründeten

---

1) De jure belli II. 20. Vgl. Michaelis, Moſ. Recht §. 242. Schulze, Leitfaden S. 335.

2) *Winssinger* de talione. *Frey* de prim. jur. crim. *Trip* de similitudine inter delicta eorumque poenas.

3) Klein, Grundſätze des peinl. Rechtes. §. 6 ff. Schneider, Noch einige Worte über das Princip des Strafrechts.

Genugthuungsforderung mit der Forderung einer Abſchreckungsſtrafe, an und für ſich ſelbſt ſchon ſo ſehr zu bloß nominellen Vertheidigern der objektiven Genugthuung macht, daß ſie vielmehr mit dem Schwerpunkte ihrer Theorieen ganz in die Klaſſe der Präventioniſten fallen [1]). Viel tiefſinniger iſt die Auffaſſung von Welcker [2]), der deshalb auch, wiewohl mit Unrecht, von Abegg und Jarcke ſogar ſchon den Bekennern der reinen Gerechtigkeitstheorie zugezählt wird. Letzterem widerſpricht nämlich nicht allein ſeine Grundanſicht über die Natur des Rechts und Staats, die, obwohl vielfach an die neue Spekulation anklingend, doch ihre Wurzeln ganz im ſubjektiven Idealismus hat [3]), ſondern es kann auch insbeſondre die Nachweiſung des durch die Strafe zu tilgenden Schadens nicht für richtig gehalten werden, obgleich der von Welcker ausgeſprochene Gedanke des intellektuellen Schadens den Uebergang zu der allein richtigen Anſicht bildet. Schon der Begriff des Schadens überhaupt iſt ein mangelhafter, da er das civilrechtliche Princip der Entſchädigung in ein Gebiet hinein kontinuirt, in welchem die Wiederaufhebung des Rechts ſich qualitativ anders beſtimmen muß. Sodann aber iſt es der Grundfehler dieſer Anſicht, daß ſie das Recht ſeiner Subſtanz nach für verletzbar hält. Ja, als ob ſie fühlte, daß ſie damit die Sache nicht treffe, ſo weist ſie noch eine Reihe von Objekten der Beſchädigung auf, die, das einzige Moment der vom Verbrecher bewieſenen Unvernunft ausgenommen, ſammt und ſonders an und für ſich indifferente Dinge und in keinem Falle geeignet

1) S. Feuerbach über d. Strafe als Sicherung. S. 160 ff. Welcker, Letzte Gründe S. 241—249. Henke I. §. 22.

2) A. a. O. S. 249 ff. vgl. *Cropp* de praec. j. rom. circa pun. conatum I. S. 11—19. Roßhirt L.B. §. 8.

3) A. a. O. S. 71—109.

ſind, die Nothwendigkeit der Wiederaufhebung des vermeintlich erzeugten Schadens zu begründen [1]). Denn, wenn es auch wahr iſt, daß infolge des Verbrechens Mißtrauen der Bürger gegen den Verbrecher, Zweifel an der Macht des Rechts, und Reiz zur Nachahmung, desgleichen im Verletzten Rachluſt und Nichtachtung des Geſetzes entſtehen kann, ſo ſind doch alle dieſe Folgen weder nothwendig, noch allgemein, und wenn ſie entſtehen, ſo ſind ſie ſelbſt Aeußerungen eines unvernünftigen Willens, der mithin vernünftiger Weiſe keine Genugthuung verlangen kann. Vielmehr, wenn der Verletzte und wenn die Uebrigen ihre Vernunft ſprechen laſſen, ſo müſſen ſie ſelbſt die innere Nichtigkeit des Verbrechens erkennen, und folglich fließt ihr beſondres Intereſſe ganz mit dem allgemeinen Intereſſe zuſammen, das in der Setzung jener inneren Nichtigkeit, als einer lediglich durch das Verbrechen ſelbſt erzeugten Nothwendigkeit, ſeine adäquate Befriedigung findet.

§. 203.

b) Zugleich hat die Strafe den Zweck, den Grund des Verbrechens in der Subjektivität aufzuheben; ſie hat hiernach die Intention, von dem Schuldigen als gerechte Züchtigung erkannt zu werden und infolge davon zu ſeiner Abſchreckung und zu ſeiner Beſſerung zu dienen. Mit dieſer Intention in Beziehung auf den Schuldigen verbindet ſich aber vom Standpunkte des Staats aus die weitere, durch Ankündigung und Vollziehung des Strafgeſetzes in gleicher

---

1) Richter Philoſ. Straf.-R. S. 146—148. Ungenügend ſind dagegen die Kritiken von Henke I. §. 22 u. Oerſted Grundregeln S. 82—97. S. Wächter I. S. 51. 52. Indeſſen hat doch Oerſted darin Recht, wenn er zeigt, daß Welcker auf dem Fundament des ſubjektiven Idealismus ſtehe und deſſen Forderungen nicht Genüge leiſte.

Weiſe auf die Subjektivität der Uebrigen zu wirken, falls in dieſen das gleiche negativ-ſittliche Ferment obwalten ſollte.

Anm. — Von den Intentionen der Strafe in Beziehung auf die Subjektivität des Verbrechers ſelbſt iſt ſchon oben (§. 160—163) die Rede geweſen und gezeigt worden, daß in dieſer Hinſicht die betr. relativen Theorieen auf einem an ſich ganz wahren, moraliſchen Fundamente beruhen. Ueber dieſes Fundament gehen ſie jedoch weit hinaus, und dieſer ihr weiterer Inhalt wird erſt beim folgenden Paragraphen ſeine richtige Stellung finden. Nur ſo viel iſt hier ſchon zu bemerken, daß die gedachte moraliſche Rechtfertigung, die oben nur für die Specialprävention zunächſt nachgewieſen werden konnte, von dem Standpunkte des Staats aus auch für die Generalpräventionstheorieen durchaus Geltung hat, ſofern der Staat als Verwalter der Strafrechtspflege, die eine objektiv allgemeine Anſtalt iſt, nicht nur den einzelnen Schuldigen ſich gegenüber hat, ſondern ſämmtliche Staatsbürger als mögliche Schuldige, für die er daher, unter Vorausſetzung der gleichen Bedingung (d. h. der Geneigtheit zu Verbrechen), mittelſt Androhung und Vollziehung der Strafe das gleiche Gegengewicht gegen das obwaltende negativ-ſittliche Ferment behufs der Abſchreckung und Beſſerung — freilich nur innerhalb derſelben Grenzen, wie gegenüber dem Schuldigen ſelbſt, — zu ſetzen das Recht hat.

§. 204.

c) Dieſe objektiven und ſubjektiven Zwecke hat jedoch die Strafe, als Ausdruck der vindikativen Gerechtigkeit gegen wirkliche Verbrechen, nur in Beziehung auf den Staat, d. h. nur da, wo ſich der ſubſtantielle Wille gegen den für ſich freien Willen des mündigen Subjekts im Gegenſatze befindet, während der Gegenſatz des allgemeinen Willens gegen den nur potentiell freien Willen des Subjekts eine andre

Form der Strafgerechtigkeit und ein verſchiedenes Organ ihrer Ausübung bedingt. Die vindikative Strafe hat daher den ſpecifiſchen Zweck, das Recht als Fundament des Staats in ſeinem abſoluten Seyn zu beſtätigen, d. h. daſſelbe nicht allein als eine an und für ſich ſeiende Nothwendigkeit, ſondern auch als eine Sache des allgemeinen Wohls zu verwirklichen.

Anm. — Hiemit erſt, mit dem Gedanken des allgemeinen Wohls, als des mit dem Rechte Identiſchen, iſt die ſpekulative Rechtfertigung der ſog. relativen Theorieen nach ihrer politiſchen Seite hin ausgeſprochen, ein Recht, das ihnen von allen bisherigen Vertretern des objektiven Idealismus noch nicht zu Theil geworden iſt, aus dem einfachen Grunde, weil eben die bisherige Orthodoxie dieſes Standpunkts noch nicht zu der Einſicht gelangt iſt, daß in der Abſtraktheit der Subſtantialität des Staats ihr Mangel liegt und daß dieſer Mangel nur durch eine aufrichtige Durchführung des, bei Hegel kümmerlich bedachten, und in den Philoſophemen der Schellingiſchen älteren und neueren Schule ſo gut als ganz ignorirten, Princips der freien Subjektivität, hiemit des perſönlichen Wohls verbeſſert werden kann. Damit eben hängt das oben zu §. 201 Bemerkte zuſammen, daß die bisherigen ſpekulativen Gerechtigkeitstheorieen zwar wohl relative Gerechtigkeit gegen die relativen ausübt, keineswegs ſie aber wirklich als Momente im ſyſtematiſchen Organismus aufgezeigt haben.

Sämmtliche relativen Theorieen läugnen die Abſolutheit und Subſtantialität des Rechts und Staats, und machen vielmehr das Reich der objektiven Sittlichkeit zu einem Produkt des Ichs um ſeines Wohls willen. Dazu gelangen ſie freilich von ſehr verſchiedenen Standpunkten aus, die, wenn es ſich um eine Geſchichte der Strafrechtsphiloſophie handelt, ebenſowohl auseinander zu halten ſind, als dies mit den gewöhnlich ebenſo bedachtlos zuſammengewürfelten ſog. abſoluten Theorieen zu geſchehen hat. So wird es z. B. keinem Einſichtigen entgehen, daß Hobbes eine ganz andere Anſicht vom Staat hat, als Schulze und Martin, obgleich die Strafe für ſie gleichmäßig nur die Bedeutung eines Mittels zur Selbſterhaltung des Staats hat. Desgleichen konſtruiren die franzöſiſchen Materialiſten ohne Zweifel das nothwendige Uebel des Staats auf eine ganz andre Weiſe, als die Schule des ſubjektiven Idealismus in Deutſchland, obgleich in den Reſultaten für das Princip des Strafrechts vielfach die innigſte Verwandtſchaft zwiſchen beiden auftaucht. Indeſſen iſt an dieſer Stelle von jenen tieferen principiellen Unterſchieden abzuſehen und nur jene angeführte Grundanſicht, die ihnen allen gemeinſam iſt, aufzufaſſen. In dieſer liegt nun eine tiefe Wahrheit, welche in der praktiſchen Entwicklung des modernen

Staats ihre gerechte Anerkennung zu finden längſt angefangen hat, daß nämlich das objektiv Sittliche, wie alles Sittliche, durch Freie und für Freie geſetzt, mithin das Individuum nicht nur Accidenz an der Subſtanz des Staats, ſondern freies Organ ſeines Geiſtes ſeyn müſſe. Das Recht muß auch um des Menſchen willen, für ſein Wohl da ſeyn, und dieſe Qualität muß eine weſentliche Potenz im Staate bilden. Wie aber dieſes Wohl der freien Perſönlichkeit Grund des Staats iſt, ſo muß es ſich auch in adäquaten Staatszwecken anerkannt finden. Von dieſer durch ſämmtliche Staatsfunktionen ſich kontinuirenden Forderung kann aber am wenigſten die Strafrechtspflege ausgenommen ſeyn, welche die freie Perſon nicht nur in der Sphäre ihrer äußerlich vermittelten Exiſtenz in den Sachen, ſondern in ihrem Innerſten, im freien Willen ſelbſt ergreift und daher doppelten Grund hat, die Abſtraktion des formellen Rechts durch die Anerkennung der Zwecke des Wohls zu ergänzen. Dieſes Bewußtſein geht durch alle relativen Theorieen und macht ihre Wahrheit aus, die nur deshalb wieder in Unwahrheit umſchlägt, weil ein bloßes Moment der Sache zur Totalität aufgeſchraubt iſt. Sieht man aber hievon ab, ſo wird man in allen jenen Ausführungen Elemente entdecken können, welche in dem vollen Bilde der Strafe nicht fehlen dürfen. Auch hier rechtfertigt es jedoch der nächſte Zweck, nur auf die hauptſächlichſten einzugehen und die untergeordneten Spielarten der geſchichtlichen Darſtellung zu überlaſſen.

Die beiden konſtituirenden Potenzen der Philoſophie der Sittlichkeit, die ſubſtantielle Allgemeinheit und die freie Beſonderheit des Willens, wie ſie im Alterthum an *Plato* und *Ariſtoteles* ihre Organe gehabt hatten, fanden beim Wiedererwachen der Philoſophie ihre Vertreter an *Spinoza* und *Leibnitz*, in der Weiſe, daß beide einander ergänzten, keiner den Andern ſchlechthin ausſchloß, beide aber die Einheit, deren Momente ſie einſeitig hervorhoben, nur als großartige Vorausſetzung zur Grundlage hatten, welche dialektiſch zu entwickeln und zu beweiſen, die Sache andrer gleichzeitigen und ſpäteren Denker war. Wenn gleich der Letztere mehr, als der Erſtere, unmittelbar auf andre Syſteme Einfluß ausübte, ſo iſt doch von dem Kern der Anſichten beider zu behaupten, daß er Jahrhunderte lang unverſtanden blieb, und vielmehr erſt dann ein prophetiſches Räthſel zu ſeyn aufhörte, als die dialektiſche Entwicklung der Momente, welche ſie in Einheit geſchaut hatten, für das Bewußtſein durchgeführt worden war. Obgleich ſich alſo die mit *Grotius* beginnende Schöpfung der Rechtsphiloſophie als einer in ſich gegründeten Wiſſenſchaft mannigfach an *Leibnitz* anlehnte, ſo ſind ihre Tendenzen doch ganz andere, wobei von jenen Heroen des Gedankens abzuſehen iſt. Nur inſofern ſteht der Anfang jener Rechtsphiloſophie in Verwandtſchaft mit dem Stand-

punkte jener univerſellen Geiſter, als auch ſie den Gegenſatz von Seyn und Denken nicht anerkennt, ſondern von der noch unvermittelten Vorausſetzung ihrer Einheit ausgeht, daher die Vernunft nicht als konſtitutives, ſondern nur als regulatives Princip in Recht und Moral auffaßt. Freilich darf man aber über ihrem unerquicklichen Formalismus und ihrer ſpekulativen Dürftigkeit, die ſich mit Wolff ganz und gar in den Sand des flachſten Raiſonnements verlor, nicht vergeſſen, daß jene Erfinder des Naturrechts die Aufgabe hatten, für die Philoſophie in dieſem Gebiete erſt den Platz zu erobern, den Boden zu ebnen, und ihrer Exiſtenz überhaupt Anerkennung zu verſchaffen [1]). Gerade ihre ſpekulative Unreife macht aber allerdings, daß ihren Grundlegungen für das Strafrecht alle energiſche Beſtimmtheit und alles tiefere Intereſſe fehlt. Mit allen ihren formaliſtiſchen Unterſcheidungen zwiſchen Recht und Moral haben ſie es doch noch nicht einmal dahin gebracht, die Anſprüche beider hinſichtlich der Konſtruktion des Strafrechts entſchieden auseinanderzuſetzen. Denn, wie ſchon bei Grotius der Glaube an die abſolute Gerechtigkeit der Strafe mit der Tendenz, ſie auf verſchiedene Zwecke zu beziehen, Hand in Hand geht, ſo ſind noch aus der Wolffiſchen Philoſophie moraliſche Vergeltungstheorieen neben verſchiedenen Sorten von relativen Theorieen hervorgegangen, und das Bezeichnende für dieſe Theorieen liegt nur in der gemeinſamen dürftigen Auffaſſung des Staats als eines zwar continuo ratiocinationis filo zu Erklärenden, das aber doch letztlich als ein empiriſch Gegebenes vorausgeſetzt wird [2]). Neben der ſpekulativen Halbheit bezeichnet denn dieſe Theorieen auch ihre politiſche Unmündigkeit, die gerade damit weſentlich zuſammenhängt, daß ſie die Sache ſelbſt als ein Gegebenes hinnahmen und dafür nur bald aus dem göttlichen Willen, wie er in der Vernunft offenbart ſei, bald aus dieſem oder jenem Grundtriebe der menſchlichen Natur eine vernunftgemäße Begründung ſuchten, wobei denn freilich zwar ein ſehr verdienſtliches Vorpoſten-Gefecht gegen allerlei beſondere Mißbräuche im poſitiven Rechte nicht ausbleiben, von einer weltbewegenden Gedankenentwicklung aber niemals die Rede ſeyn konnte. Daher finden ſich auch in jener naturrechtlichen Schule die ſpäteren Principien des Strafrechts ebenſogut vorangedeutet, wie die Lehre vom Staatsvertrag, aber beides ohne den Nerv der Produktivität, als Intereſſe der Schule, nicht des Lebens. —

Eine ſpekulative Begründung des Rechts ſetzte den allgemeinen Bruch des Gedankens mit der Wirklichkeit voraus, an deren Seyn und Erkennbarkeit bisher nicht gezweifelt worden war. Dieſer Bruch

---

1) Roßbach, Die Perioden der Rechtsphiloſophie. S. 120—157.

2) Uebrigens hatte dieſes Naturrecht große Ausbreitung, namentlich auch in Frankreich. Warnkönig in der krit. Ztſchr. f. Rechtsw. d. Ausl. I. S. 273—276.

gab aber drei weſentlich verſchiedene Richtungen der Philoſophie das Daſein: dem engliſch-ſchottiſchen Idealismus und Skepticismus, welcher die Wirklichkeit dem Denken opferte, dem franzöſiſchen Materialismus, der umgekehrt den Gedanken in das Seyn aufgehen ließ, und dem deutſchen Kriticismus, der, den Gegenſatz als ſolchen in's Auge faſſend, auf die Hauptfrage losging, ob er beſtehe und ob ſeine Glieder in Einheit zu bringen ſeien, oder nicht[1])? Von dem Reſultate jener Kritik, welche gerade die praktiſche Vernunft in das Recht einſetzte, das der theoretiſchen aberkannt war, hob ſofort die Periode der ſchöpferiſchen Philoſophie an, welche freilich mit Fichte's ſubjektivem Idealismus ebenſo nach der einen, wie mit dem objektiven Idealismus von Schelling und Hegel nach der andern Seite hin, nur in einer neuen Weiſe, extrem wurde und ihren Abſchluß erſt zu erwarten hat.

Alle dieſe Richtungen nun, mit Ausnahme des objektiven Idealismus, haben dem Rechte ſeine Subſtantialität abgeſprochen und ſomit auch das Strafrecht auf andre Weiſe, als aus der Gerechtigkeit an und für ſich begründen müſſen. Spekulativ am dürftigſten, wenn auch in andrer Rückſicht ſehr achtungswerth, erſcheint nun wieder die erſte der genannten Richtungen, die engliſch-ſchottiſche Moral, ſofern ſie als letztes Princip der Ethik überhaupt das (moraliſche) Gefühl, d. h. dasjenige ſetzte, was am wenigſten geeignet iſt, als Princip zu dienen. Dieſem Mangel war auch nur ſcheinbar abgeholfen, wenn z. B. Wollaſton die Wahrheit zum Kriterium von Recht und Unrecht machte, oder Klarke die Uebereinſtimmung des Handelns mit dem objektiven Weſen der Dinge, da jene Wahrheit und dieſes objektive Weſen vorausgeſetzt wurden und das Kriterium dafür doch nur wieder das angeborene moraliſche Gefühl ſeyn ſollte. Dem Rechte wird nun bald der Trieb des Wohlwollens, der zur Geſelligkeit führe, bald dieſer Trieb verbunden mit dem der Selbſtliebe zur Unterlage gegeben, nur Hume geht bereits über die Grenze, indem er das Recht für ein ſociales Produkt behufs des allgemeinen Nutzens erklärt, das nicht unmittelbar aus dem unintereſſirten Triebe des Wohlwollens zu erklären ſei. Gleichwohl hat der Staat nach ihm weſentlich denſelben Gehalt, wie nach den Uebrigen. Er iſt eine Anſtalt zum Wohle des Menſchen, und der Unterſchied iſt nur, daß dieſes Wohl bei Hume bereits eine, dem franzöſiſchen Materialismus ſich zuneigende, Beſtimmtheit hat, während die Andern es ſpiritueller nehmen. Allen gemeinſam iſt aber die Forderung des Wohls, des eigenen und des fremden, mithin des gemeinſamen, welches aber inſofern eine vage Beſtimmung iſt, als die konkrete Ausfüllung durch das moraliſche Gefühl gegeben werden muß, welches auch in der ihm von A. Smith gegebenen Beſtimmtheit als

1) Roßbach a. a. O. S. 157—220.

allgemeines Selbſtbewußtſein (leidenſchaftsloſe Sympathie) von ſeiner ſubjektiven Unbeſtimmtheit und Zufälligkeit nicht loskommt. Rechte ſind nach Hutcheſon ſolche Maximen des Handelns, deren Verletzung, zur allgemeinen Regel erhoben, das menſchliche Geſchlecht unglücklich machen müßte. Noch beſtimmter gründet Ferguſon das Recht auf den Trieb der Selbſterhaltung und den der Geſelligkeit, daher Vertheidigung ſeiner ſelbſt und Andrer das urſprüngliche Zwangsrecht ſei, und das Unrecht im Angriff auf die Perſönlichkeit (die eigene oder die in Andern anerkannte Summe der Zwecke des Wohls) beſtehe. Wenn nun nach allen jenen Theorieen der Staat nothwendig die Beſtimmung haben muß, dem Unrecht als einer Störung des Einzelwohls und des Gemeinwohls entgegenzutreten, ſo iſt doch wegen der Vagheit des Princips Alles Weitere unbeſtimmt. Es kann dieſes Entgegentreten auf verſchiedene Zwecke bezogen werden, je nachdem eben der vieldeutige Begriff des Wohls weiter oder enger, geiſtiger oder ſinnlicher gefaßt wird. Indeſſen wird man annehmen dürfen, daß in der Konſequenz jener moraliſchen Syſteme (wenn hier überall von Konſequenz die Rede ſeyn kann) ganz beſonders der Beſſerungszweck liege, wenn gleich zunächſt die Auffaſſung der Strafe als gerechte Wiedervergeltung als unausbleiblicher Ausfluß des moraliſchen Gefühls von ihnen zu erwarten iſt. So wenig nun bei der ganzen Konſtruktion dieſer Syſteme von einer Deduktion der Gerechtigkeit und der nothwendigen Zwecke der Strafe die Rede ſeyn kann, da vielmehr ihr ganzer ſpekulativer Werth ſich eben nur auf den Ausgang vom ſubjektiven Bewußtſein (der aber in dieſer Beſchränktheit nothwendig zum Skepticismus führen mußte) reducirt, ſo enthalten ſie doch, nur eben in der Form des unvermittelten Gefühls, den wahren Inhalt, dem ſie mit dem ganzen Werthe der edlen Geſinnung, die ſie trägt, zu einer nicht gering zu ſchätzenden Probe dienen.

Weit mehr ſpekulative Energie findet ſich dagegen auf der andern Seite des Gegenſatzes die ſich in dem Materialismus ausgeprägt hat. Die Härte der Konſequenzen darf nicht von der Anerkennung der großartigen Kühnheit des Princips abhalten, die ihre Verwandtſchaft mit Spinoza nicht verläugnet. Der Monismus des Bewußtſeins bei den Spiritualiſten, in ſeiner Beſchränkung auf das endliche Bewußtſein und moraliſche Gefühl, erſcheint kleinlich gegenüber dem entgegengeſetzten Monismus des Seins, dem man den Geiſt zu opfern kein Bedenken trug. Sehr treffend ſagt Feuerbach [1]): „Gerade in dieſer Entleerung und Entäußerung des Geiſtes, in dieſer excentriſchen Materialität, in dieſem tranſcendenten, man möchte ſagen, fanatiſchen Empirismus des Denkens liegt das Intereſſante und hiſtoriſch Bedeutſame

1) Geſch. der neueren Philoſophie. S. 93.

der materialiſtiſchen Syſteme." Uebereinſtimmend ſind ſie nun alle darin, daß ſie den Geiſt als ſelbſtändige Potenz läugnen und die Natur zu Allem in Allem machen, und der Unterſchied beſteht weiterhin nur in der mehr oder minder geiſtigen Auffaſſung der Natur. Mit dem ſchroffſten Mechanismus trat gleich zuerſt Hobbes auf, bei dem die Geiſtverachtung recht eigentlich zum Princip gemacht und in ſeiner Politik das Streben offenbar das iſt, den Staat zur ſelben Maſchine zu machen, als welche er die Natur betrachtet. Darin klingt, wie oft bemerkt iſt, der großartige Gedanke Spinoza's von der Aſeität des Staates an, nur ſo freilich, daß der Staat des Hobbes mit der ganzen Rohheit und Geiſtloſigkeit ſeiner Natur behaftet bleibt und der darin herrſchende allgemeine Wille nur die Quinteſſenz der darin abſorbirten natürlichen, d. h. vernunftloſen und ſchrankenloſen Begierden der Einzelnen iſt. Obgleich daher H. den Staat zu dem großen Leviathan macht, der alles natürliche Recht der Einzelnen vollkommen auffrißt und ihnen aus ſeiner ſchlechthin giltigen Willkühr ein neues ſetzt, ſo iſt er doch von dem Gedanken einer wahren Aſeität des Staates ſoweit entfernt, daß er es gerade iſt, welcher zuerſt denſelben aus einem vorausgeſetzten Naturzuſtande abzuleiten unternahm. Nur das empiriſche ſinnliche Individuum iſt Objekt ſeiner praktiſchen Philoſophie, daher er den Willen nur unter der Form der natürlichen Begierde, das Gute nur unter der Form des Angenehmen und Nützlichen, überall aber kein an und für ſich ſeiendes Sittliches kennt. So verächtlich nun jenes Individuum behandelt wird, wenn H. den Naturzuſtand als einen Krieg Aller gegen Alle ſchildert, als einen Zuſtand, aus dem man heraus müſſe, und wenn er ferner in dem Status civilis alle Einzelwillen mit einem Federſtrich auslöſcht, um ſoſort nur die Willkühr des Herrſchers noch gelten zu laſſen, ſo findet ſich doch in dieſem Syſteme die ungeheure Ironie, daß die Entſtehung des gedachten Status civilis aus der vertragsmäßigen Uebereinkunft der Individuen hergeleitet wird. Obgleich nun dieſem Vertrage die Bedeutung beigelegt wird, daß dadurch jeder Einzelne als ſolcher ſeine Perſönlichkeit völlig hinopfre, um ſie an die Eine Perſon des Staats zu übertragen, ſo beſteht doch H. ausdrücklich darauf, daß der Staat nicht um ſeiner ſelbſt, ſondern um der Bürger willen gegründet ſei, daß die Menſchen ſich freiwillig unter ſein Joch begeben, um angenehm zu leben, und daß deshalb die Sorge für ihr Wohl die einzige und höchſte Pflicht der Herrſcher ſei [1]. Er ſucht nun zwar dieſes Wohl nur in der möglichſten Fülle des ſinnlich Angenehmen und deren ungeſtörtem Genuſſe; im Princip aber ſteht er jedem gleich, der den Staat als Anſtalt für die Glückſeligkeit des Individuums auffaßt, möge derſelbe auch dieſe Glückſeligkeit ebenſo geiſtig

1) De cive XIII. 2—4.

beſtimmen, als ſie bei H. ſinnlich beſtimmt wird. Das Strafrecht erſcheint nun als Haupthebel in ſeiner Staatsmaſchine. Das gemeine Wohl ſetzt Frieden, der Friede Geſetze, und die Geſetze Strafdrohungen voraus, ohne welche ſie leere Worte wären. Die Strafdrohungen haben den Zweck, die Unterthanen durch Furcht vor dem die Luſt am Verbrechen überwiegenden Strafübel zu dem anzuhalten, was der Machthaber will. Die Strafe bezieht ſich daher nicht auf das Vergangene, ſondern auf die Zukunft; ſie hat die (politiſche) Beſſerung des Verbrechers und die Abſchreckung der Uebrigen zum Ziel. Sie zu beſtimmen, ſowie anzuordnen, was als Verbrechen gelten ſoll, ſteht allein dem Machthaber zu, der aus dem Staatsvertrag hiezu das volle Recht erlangt hat, ſo daß die Unterthanen in der Strafe nur das erfahren, was ſie ſelbſt gewollt haben. Die Richtſchnur der Machthaber iſt hier, wie in Allem, das gemeine Wohl, welches ihm die genaue Vollziehung beſtimmter und ein kluges Maß bei der Vollziehung unbeſtimmter Strafgeſetze vorſchreibt. Nur gegen den Atheismus und das Majeſtätsverbrechen iſt der Machthaber an keine Schranke gebunden; ſolche Verbrecher hat er nicht als Ungehorſame gegen den Staatsvertrag, ſondern als Feinde nach Kriegsrecht zu behandeln [1]). — Schroffer, als irgendwo, ward mithin hier ſchon das Weſen der relativen Theorie ausgedrückt. Es ſoll nicht um der Gerechtigkeit, ſondern nur um politiſcher Zwecke willen (der Erhaltung der allgemeinen Sicherheit, resp. der Selbſterhaltung des Staats) geſtraft werden. Die Strafe ſoll nicht Vergeltung ſeyn, wie ſie es denn auch in einem Syſteme, das die Freiheit des Willens läugnet, nicht ſeyn konnte, ſondern nur ein Gegengewicht gegen die ſinnliche Luſt am Verbrechen, um den Menſchen von der Störung des allgemeinen Wohls abzuhalten. Die Strafe iſt hier alſo nicht nur von allem rechtlichen, ſondern auch von allem moraliſchen Inhalte (ſ. §. 160—165) entleert, und lediglich auf das Moment des äußeren gemeinſamen Wohls bezogen. — Daß nun Hobbes, von dem ſinnlich empiriſchen Individuum ausgehend, den Naturzuſtand für einen beſtialiſchen erklärt und der Heerde von Beſtien gegenüber, als welche ihm die Menſchen erſchienen, den Staat als den allein giltigen, Recht und Unrecht erſt ſchaffenden Willen proklamirt hatte, war das Tiefſinnigſte an ſeinem Syſtem, obwohl gerade dieſer fanatiſch durchgeführte Despotismus mit der Ableitung des Staats aus einem Vertrage und ſeiner Beſtimmung, eine Anſtalt zum Wohl der Individuen zu ſeyn, ſonderbar kontraſtiren mußte. Es war daher nicht zu verwundern, wenn Andere, wie Locke, von demſelben Standpunkt anhebend, einen Staat zu konſtruiren ſuchten, deſſen Typus ſeinem Zwecke, zum Beſten der Individuen zu dienen, weniger Hohn ſpräche. Auch

---

1) Ib III. 11. XIII. 16. XIV.

war die Berechtigung dazu durchaus vorhanden, ſobald der Wille in ſeiner Beſonderheit zum Princip geſetzt war, und ein allgemeiner Wille erſt durch die Uebereinkunft der beſondern entſtehen ſollte. Denn es ſchien nun doch viel natürlicher, daß die Individuen ſich einer beſchränkten, als einer unbeſchränkten Gewalt unterwerfen würden, und den fingirten Naturzuſtand nach Belieben anders auszumalen, als von Hobbes geſchehen war, hinderte nichts. — In der Hauptſache blieb indeſſen der ſofort beſonders in Frankreich ausgebildete Materialismus ſich konſtant, darin nämlich: die ideelle Subſtantialität des Sittlichen zu verneinen, und vielmehr im Rechte, wie in der Moral, von dem Individuum, als einem beſtimmten Gliede in der Reihe der Naturprodukte, auszugehen, dem ſein Wohl das einzige und höchſte Geſetz ſei, und welches eben in dem Beſtreben, dieſes ſein Wohl zu realiſiren, auf die Anerkennung gewiſſer moraliſchen und rechtlichen Geſetze und insbeſondere auf die vertragsmäßige Errichtung des Staats geführt werde [1]. Die Moralität war hiernach ebenſoſehr ein Produkt des egoiſtiſchen Intereſſes, das nur dann geſichert iſt, wenn es mit dem allgemeinen Intereſſe zuſammentrifft, als das rechtliche Zuſammenleben, das lediglich aus der Nothwendigkeit, die angeborenen Bedürfniſſe zu befriedigen, ſeinen Urſprung nimmt [2]. Dabei war es, wenn man den Menſchen eben nur als Naturweſen auffaßte, das nur durch das Geſetz der Selbſterhaltung regiert werde, ganz konſequent, den Naturzuſtand weder mit Hobbes als einen Zuſtand des allgemeinen Kriegs, der ja das Bewußtſein des jedem inwohnenden ſchrankenloſen natürlichen Rechtes vorausſetzte, noch als einen durch einen moraliſchen Geſelligkeitstrieb regierten, vielmehr als einen Zuſtand völliger Pflichtloſigkeit und Iſolirtheit, worin weder von Recht, noch von Unrecht die Rede ſeyn könne, vorzuſtellen. Denn, wenn das Recht nur im Vertrage ſein Daſein erhalten ſollte, ſo konnte es nicht ſchon dem Vertrage vorausgeſetzt werden [3]. Im Uebrigen kam es nun darauf an, welchen Inhalt man der Natur des Menſchen gab, da hiernach die Bedeutung des ſocialen Lebens und des Staats gegenüber dem Naturzuſtande eine verſchiedene ſeyn mußte. Je materialiſtiſcher man erſtere nahm, um ſo mehr mußten Kultur und Staat im Werthe ſteigen, während dieſelben einem idealiſtiſch aufgefaßten Naturzuſtande gegenüber die Bedeutung eines nothwendigen Uebels erhielten. Bei der Vieldeutigkeit des Princips des Wohls als eines Inbegriffs der mannigfaltigſten Intereſſen, von welchen man das eine oder das andere hervorheben konnte, iſt es

---

1) S. *Helvetius* de l'esprit. *Holbach* Morale universelle. *St. Lambert* Catech. de la morale universelle.

2) *Destutt de Tracy* Idéologie.

3) *Volney* Catéchisme du citoyen.

denn auch nicht zu verwundern, wenn der gemeinſame Gedanke, daß der Staat ein Produkt des menſchlichen Willens zum Beſten des Menſchen oder der menſchlichen Geſellſchaft ſei, in den verſchiedenartigſten Auffaſſungen ſich geltend machte, und wenn Syſteme, die auf dem gleichen Boden mit den materialiſtiſchen ſtehen, in der Ausführung einen völlig abweichenden Charakter annahmen, wie dies ganz beſonders bei Montesquieu der Fall war. Hatte dieſer die intelligente Seite der Menſchennatur vorzüglich ins Auge gefaßt, ſo zwar, daß man, abgeſehen von dem Dualismus ſeiner Weltanſchauung und der darin ausgeſprochenen ſpekulativen Halbheit, faſt verſucht iſt, ſeine Anknüpfung an den Naturzuſtand nur für einen Nothbehelf zu nehmen, während der Geiſt ſeines Syſtems den Keim einer ſubſtantialiſtiſchen Anſchauungsweiſe zu enthalten ſcheint, — ſo blieb Rouſſeau zwar ganz bei der ſchon von Hobbes vorgezeichneten Deduktion, jedoch mit dem Unterſchiede, daß er den Menſchen als nicht mehr blos natürlichen, ſondern als intelligenten Willen dem Staate vorausſetzte. So hoch ihn aber dies über die Rohheit des Hobbeſiſchen Abſolutismus ſtellt, ſo iſt doch die principielle Grundlage dieſelbe und ſein Syſtem nur die ideellere Phaſe des Syſtems des engliſchen Philoſophen. Denn der bei Montesquieu überall durchſcheinende Gedanke eines über die Einzelnen übergreifenden, ſie zu ſeinen Organen depotenzirenden, allgemeinen Geiſtes iſt gerade das, was er ſchneidend verneint, da ihm vielmehr die Willkühr des Individuums das Prius iſt und der Staat nur als Produkt ſeiner verſtändigen Reflexion und freien Wahl zu Stande kommt. So ſehr nun auch Rouſſeau den auf ſo ſchwankender Grundlage erbauten Staat zu befeſtigen ſucht, ſo konnte doch von einem Aufopfern der einzelnen Perſönlichkeit an die Eine des Staats ſchlechthin nicht mehr die Rede ſeyn, vielmehr erhielt der Staat dem Individuum gegenüber die Bedeutung eines nothwendigen Uebels, eines Geſchöpfs, das ſeinem Schöpfer nicht über den Kopf wachſen dürfe [1]). Zwar hatte Rouſſeau ſelbſt (wie dies ſpäter bei Fichte gegenüber den Anhängern der kritiſchen Philoſophie ſich wiederholte) noch eine zu energiſche Vorſtellung von der Beſtimmung des Staates, als daß der ſtaatsfeindliche Egoismus bei ihm ſchon hätte irgend bedeutenden Raum gewinnen können, wie denn auch ſeine kurzen Bemerkungen über das Strafrecht rigoros genug klingen und geradezu die Brücke von Hobbes zu Fichte bilden [2]); denn er ſpricht es offen aus, daß durch Verbrechen der Staatsvertrag gebrochen und der Handelnde rechtlos werde, daher ihn der Staat nach Kriegsrecht behandeln dürfe, obwohl es auch in ſeiner

---

1) Vergl. *B. Constant* Cours de polit. constitut. I. 1. S. 173—176. *Comte* Traité de législ. I. c. 11. 12. *Rossi* I. c. 11.

2) Contrat social. II. 5.

Macht liege, denſelben zu erhalten, falls er ohne Gefahr für die öffentliche Sicherheit erhalten und noch irgendwie brauchbar verwendet werden könne, — allein der Keim des ſpäteren, centrifugalen Liberalismus lag gerade darin, daß bei Rouſſeau der Menſch als intelligenter Wille zum Prius des Staats gemacht war. Denn dieſer Gedanke führte nothwendig darauf, die Portion Freiheit, welche das Individuum abtreten mußte, um den Staatswillen zu bilden, immer kleiner und für die als Naturrecht vorausgeſetzte Freiheit und Gleichheit immer weniger unbequem zu machen. In der That erhielt ſich auch die Rechtsphiloſophie der romaniſchen Nationen auf der Grundlage des bei Rouſſeau am genialſten durchgeführten Syſtems, wenn gleich wieder verſchiedene Richtungen hervortraten, je nachdem Einige Montesquieu'ſche Elemente einmiſchten, wie Filangieri, Andere den Staatsabſolutismus Rouſſeau's durch Zurückgehen auf Locke's Naturrecht zu temperiren ſuchten, wie wiederum Filangieri, Beccaria [1]), Romagnoſi und noch neuſtens Carmignani, Andere endlich ſtreng bei dem ethiſchen Princip der Encyklopädiſten blieben und die moraliſchen Elemente Rouſſeau's wieder ausſchieden, wie Bentham und ſeine franzöſiſchen Jünger [2]). Zwar liegen dieſe Richtungen vielfach im Streite miteinander; aber der Streit dreht ſich um untergeordnete Punkte, wie um die Denkbarkeit eines Naturzuſtands, und zwar eines iſolirten, oder nur eines außerſtaatlichen, oder darum, ob der Menſch ſchon vor dem Staatsvertrag ein gewiſſes Quantum von Recht gehabt habe, welcher Bruchtheil der natürlichen Freiheit zur Bildung des Staatswillens habe verwendet werden müſſen, in welchem Verhältniß das Einzelwohl zum allgemeinen ſtehe, welcher Zweck hiernach beim Strafrecht vorwalten müſſe, ob die Selbſterhaltung des Ganzen, ob die Sicherheit der Mehrheit, die Beſſerung des Einzelnen u. ſ. f.? Was ſie alle gemeinſam haben, — und was bei Manchen nur deshalb minder in's Licht tritt, weil ſie den ſtrengen Gang der Spekulation durch allerlei moraliſche, religiöſe und ſonſtige Flankenbewegungen unterbrechen, — iſt die Verneinung des aus ſich ſelbſt ſeienden objektiv-ſittlichen Geiſtes und ſeiner organiſch-nothwendigen Entwicklung, in welcher allerdings das Recht nur als das Wohl des Individuums und nur durch dieſes zur Exiſtenz kommen kann, gleichwohl aber ein in ſich Weſenhaftes und von der Willkühr des erſcheinenden Willens Unabhängiges iſt. Von dieſer Erkenntniß ſind ſie bald durch eine materialiſtiſche, bald wenigſtens durch eine dualiſtiſche Weltanſicht ferngehalten, welche zwar den Urſprung der Rechtsidee in der (endlichen)

1) Ueber die Menge ſeiner Anhänger in Frankreich ſ. Böhmers Hdb. der Literat. S. 207—231 beſonders vgl. *Bristot de Warville* Bibl. philosophique du législateur etc.

2) Warnkönig in der krit. Ztſchr. f. Rechtswiſſenſchaft des Ausl. I. S. 451. II. S. 283 ff. Mittermaier ebend. III. S. 433.

Vernunft anerkennt, ſogar von einem unabänderlichen natürlichen (Privat=) Rechte ſpricht, aber gleichwohl den Staat daneben als ein Naturprodukt beſtehen läßt, für welches jenes urſprüngliche Vernunftrecht nur das negative oder regulative Princip bilden ſoll [1]). Das ſpekulative Prius für Alle bildet die natürliche, ſchrankenloſe Freiheit des Individuums, möge nun dieſe Freiheit ſchon als Recht gedacht werden, oder nicht; und der Staat entſteht nur durch eine theilweiſe Aufopferung dieſer Freiheit behufs der gewiſſeren Erhaltung des Reſtes, möge nun dieſem Staate ein wirklicher Naturzuſtand vorausgeſetzt werden oder nicht, möge ſeine Entſtehung einem Naturbedürfniß oder einem willkührlichen Entſchluſſe zugeſchrieben, möge mehr Gewicht auf den Geſammt= oder den Einzelwillen gelegt werden. Immer erſcheint der Staat und ſeine rechtlichen Inſtitutionen nur als eine Sache des Wohls der Individuen, als eine Anſtalt zu Beförderung ihrer Sicherheit und Glückſeligkeit (in welche Funktionen ſich Recht und Polizei zu theilen haben). Das Strafrecht hat ihnen daher ſammt und ſonders keine Nothwendigkeit in ſich; das Verbrechen gilt ihnen nur als gefährliche Handlung, welche die gemeine Wohlfahrt bedroht und deshalb nicht zu dulden iſt. Am unmittelbarſten ſpricht ſich dies, als direkte Folgerung aus Rouſſeau's Principien, bei Beccaria aus, der zugleich entſchieden die, von jenem abweichende, ſtaatsfeindliche Richtung nimmt und eben deßhalb, weil jeder im Staatsvertrage nur den möglichſt kleinſten Theil ſeiner natürlichen Freiheit habe opfern und insbeſondre damit nicht über ſein Leben disponiren können, gegen die Todesſtrafe auftritt. Als Zweck der Strafe giebt er die Sicherung der Geſellſchaft vor weiteren Uebelthaten deſſelben Verbrechers, und die Abſchreckung der Uebrigen an. Die Gerechtigkeit iſt ihm mit dem allgemeinen Wohle, und dieſes mit dem aller Einzelnen oder wenigſtens dem wohlverſtandenen Intereſſe der Mehrheit identiſch. Als Mittel hiezu ſieht er die Strafe an, die nichts Anderes ſeyn ſoll, als ein wirkſames Gegengewicht gegen die der Geſellſchaft gefährliche Luſt am Verbrechen, berechnet auf die ſinnliche Natur des Menſchen, welcher das größere Uebel der geringeren Luſt vorzieht [2]). Das hier offen ausgeſprochene Utilitätsprincip bleibt aber daſſelbe auch bei den Uebrigen, die zugleich noch einen Rechtsgrund für die Strafe ſuchen und von einem dem Staat vorhergehenden Naturrechte, das ſie freilich auf die verſchiedenſte Weiſe beſtimmen, und das letztlich auf den Grundſatz der urſprünglichen Gleichheit hinausläuft, zu reden wiſſen, — ein Recht, das immer hypothetiſcher wird, je mehr die Anſicht ſich durch=

1) Carmignani I. S. 36—96. III. S. 47 ff. vgl. *B. Constant* Komm. zu Filangieri I. S. 46 ff.

2) Dei delitti e delle pene cap. 2. 15. 38.

dringend erweist, daß die Natur den Menſchen von Anfang an in den geſellſchaftlichen Zuſtand geſetzt habe, womit denn der Begriff des gemeinen Wohls nothwendig das Uebergewicht über den des individuellen erhielt und folgeweiſe das natürliche Recht des Individuums, das als das Prius fingirt war, immer luftigerer Natur wurde, insbeſondere wenn man das Hauptprincip, die Entſtehung des Staats durch Vertrag, (wie von Carmignani [1]) geſchieht) aufgab. Um ſo gewiſſer blieb aber in jenen romaniſchen Theorieen das Utilitätsprincip in ſeiner Macht, da ſelbſt die beiden, am meiſten einer ſubſtantiellen ethiſchen Anſicht zugeneigten Geiſter, Montesquieu und Viko daſſelbe wenigſtens zuließen, — übrigens nur aus demſelben Grunde, aus welchem auch die tiefer denkenden italieniſchen Philoſophen der Gegenwart daſſelbe beibehalten zu müſſen glauben [2]), weil ihnen die Idee der abſoluten Sittlichkeit in der Form der Subjektivität aufgeht und mithin der Begriff ihrer adäquaten Objektivirung in der Welt des Rechts und Staates fehlt, was freilich mit dem Dualismus der geſammten Weltanſchauung zuſammenhängt, die den Katholicismus nicht verläugnen will oder kann. So tritt denn insbeſondre das Utilitätsprincip auch bei Filangieri auf, obgleich er einerſeits Montesquieu'ſche Gedanken entlehnt und andrerſeits ein außergeſellſchaftliches Recht annimmt. Zwar verwirft er den Naturzuſtand, falls der Menſch iſolirt vorgeſtellt werde, wohl aber nimmt er einen geſellſchaftlichen Naturzuſtand an, aus welchem erſt durch Uebereinkunft als nothwendiges Uebel der Staat hervorgegangen ſei [3]). Deſſen Zweck iſt ihm die Erhaltung und die Sicherheit ſeiner Mitglieder, und eben hiezu dient ihm als Mittel das Strafrecht. Dagegen weicht er darin von Rouſſeau ab, daß er das Recht nicht erſt mit dem Geſellſchaftsvertrag entſtehen läßt, ſondern ein Naturrecht annimmt, das auch unabhängig vom Staate zur Beſtrafung ungerechter Angriffe berechtige, — eine Annahme, die freilich Poſtulat bleibt, wie bei Locke, von welchem ſie entlehnt iſt, weil das Recht, ſobald ihm nicht ein über dem Individuum ſtehender allgemeiner Wille, ſondern nur der gemeinſame Wille der Individuen zur Quelle gegeben wird, nicht ſchon vor der Uebereinkunft exiſtirt haben kann, die Behauptung aber, daß es in der menſchlichen Natur vorgezeichnet geweſen ſei, entweder das Vertragsprincip zerſtört, oder eine leere, mit dem Syſtem unvereinbare Behauptung bleibt [4]). Daher iſt auch die Kontroverſe gegen Beccaria, ob ein Staatsvertrag dem Individuum das Recht, ſich ſtrafen zu

1) Delle leggi della sicurezza. I. cap. 10.

2) S. die intereſſanten Briefe zwiſchen dem Grafen *Mamiani* und *Mancini*. Neapel, 1841.

3) Scienza della legislazione. I. c. 1.

4) S. auch *Rossi* I. c. 10.

laſſen, oder das Recht, Andre zu ſtrafen, übertragen habe, unweſentlich. Das wirkliche Recht iſt auch für Filangieri bloßes Mittel für den Zweck des gemeinen Wohls, keine um ihrer ſelbſt willen zu realiſirende Angelegenheit. Die Allgemeinheit iſt auch ihm nur das gemeinſame Intereſſe der Individuen. Zwar ſtellt er den Satz der Vergeltung auf, indem er ſagt: durch den Geſellſchaftsvertrag erhalte das Individuum ſeine Rechte, deren Inbegriff ſeine Erhaltung und Sicherheit ausmache; da nun die Geſetze lauter ſociale Verträge ſeien, ſo enthalte jedes Verbrechen den Bruch eines ſolchen Vertrags; indem aber das Individuum jene Rechte nur unter der Bedingung habe, daß es ſeinerſeits ſeine Verpflichtungen aus dem Vertrage erfülle, ſo verliere es durch den Vertragsbruch ſeine Rechte, und zwar mehr oder weniger je nach der Gefährlichkeit des Verbrechens für die Geſellſchaft. Gleichwohl genügt ihm dieſe Deduktion nicht, ſondern er beruft ſich fernerhin darauf, daß die Geſellſchaft das Recht zu ſtrafen als nothwendiges Mittel für ihren Zweck haben müſſe. Und nur hieraus bildet ſich ihm das Weſen der Strafe, das ihm das gleiche iſt, wie dem Beccaria, nämlich Prävention und Abſchreckung, wobei er übrigens die treffende Bemerkung macht, daß mit der Vervollkommnung der Geſellſchaft die Möglichkeit, die Strafen zu mildern, zunehme, weil dann die geſellſchaftlichen Rechte im Preiſe ſteigen und die Furcht, ſie zu verlieren, bei den Individuen größer werde [1]). Jedenfalls liegt das Beſſerungsprincip, wenn gleich nicht ausgeſprochen, doch gewiß im Geiſte der Theorieen von Beccaria und Filangieri. Aufrichtiger, konſequenter und kühner, als letzterer, den er vielfach bekämpft, geht Romagnoſi zu Werk, indem er ſich für die Exiſtenz eines natürlichen Rechts auf keinen moraliſchen Sinn mehr beruft, daher auch von keinem Naturrechte im Sinne von Locke mehr wiſſen will, deſſen Beſtätigung willkührlich der Willkühr im Staatsvertrag zugemuthet wird, vielmehr es offen heraus ſagt, daß ihm Recht und Wohl identiſch ſeien, daß es für ihn kein Recht gebe, als die Forderungen des Einzelwohls und des geſellſchaftlichen Wohls. Es iſt daher nicht treffend, wenn man ihn andern Utilitarien gegenüber ſtellt, weil er denn doch von einem Rechte (dem Rechte der Vertheidigung) ausgehe. Denn, wenn allerdings Filangieri unter Naturrecht noch etwas Abſolutes verſteht, was er freilich weder zu deduciren, noch zu placiren, noch in ſeinem Weſen zu begreifen weiß, ſo iſt bei Romagnoſi auch jenes Recht der Vertheidigung nur dem Namen nach ein ſolches, in der That aber bloß eine faktiſche Konſequenz aus dem Naturgeſetze der Gleichheit aller mit dem gleichen Trieb nach Selbſterhaltung und Glückſeligkeit begabten Individuen, die ganz mechaniſch

---

1) A. a. O. III c. 25—27. 29.

deducirte Aeußerung einer Naturkraft, welche durch Aufhebung des Gleichgewichts gegenüber von einer relativ aufgehobenen fremden Kraft entſteht. Die Rechtsüberlegenheit, welche er dem ungerecht Angegriffenen zuſchreibt, iſt nur eine Ueberlegenheit der natürlichen Kraft der Selbſterhaltung; desgleichen iſt die Rechtsüberlegenheit des ſtrafenden Staats nur die natürliche Ueberlegenheit der Kraft der Erhaltung der allgemeinen Glückſeligkeit, welche durch die Störung des naturgeſetzlichen Gleichgewichts gegenüber der relativ aufgehobenen Kraft eines Einzelnen entſteht. Es iſt ſehr ſcharfſinnig, daß R. nur dem unmittelbar Angegriffenen und nur behufs der Abwehr des Angriffs das Recht der Reaktion giebt, da ihm ja das Recht überall nichts anderes iſt, als das Mittel zur Erfüllung des Naturgeſetzes der Selbſterhaltung, die Ausübung dieſes Rechts aber durch die Nothwendigkeit der Vertheidigung bedingt iſt. Desgleichen iſt es ſcharfſinnig, daß er einerſeits das Recht der Vertheidigung, wie geſagt, auf den Fall drohender Gefahr beſchränkt, andrerſeits jedes Strafrecht (d. h. jede Verletzung des natürlichen Gleichheits-Geſetzes) verwirft, das nicht auf das Recht der Vertheidigung ſich gründe, — und eben darum nun den Beweis unternimmt, daß auch jeder zu Ende gebrachte Angriff, gegen den zu reagiren dem Einzelnen nicht zuſteht, der Geſellſchaft gegenüber eine gegenwärtige Gefahr drohe. Es iſt ferner ſehr treffend, daß er die Geſellſchaft ſelbſt als die Quelle der Reize zum Verbrechen bezeichnet, und eben darum derſelben, weil ſie ſelbſt unentbehrlich iſt, auch das unentbehrliche Mittel, dieſem ſteten Reize entgegenzuwirken, nicht vorenthalten kann. Obgleich daher die Ausübung des Strafrechts durch ein begangenes Verbrechen bedingt iſt (weil nur dadurch die geforderte Rechtsüberlegenheit für die ſich vertheidigende Geſellſchaft entſteht), ſo iſt doch ſein Zweck lediglich auf die Zukunft gerichtet, Vertheidigung der Geſellſchaft gegen Störungen des Einzel- und Geſammt-Wohls [1]). Ohne Zweifel iſt in dieſem Syſteme das Princip des Wohls, als das einzig giltige und das des Rechts erſt aus ſich ſetzende, mit ſeltenem Scharfſinne durchgeführt [2]). Wenn es einerſeits gegen Rouſſeau einen Rückſchritt zu machen ſcheint, ſofern das Princip des Vertrags, d. h. der Schöpfung des Rechts als einer freien That, verworfen wird, ſo ſchreitet es andrerſeits darin vor, daß es dem Rechtsganzen den (freilich nur den natürlichen) Willen der Gattung zur Grundlage giebt und, indem es die allgemeine Glückſeligkeit nur für die Summe der Einzelwohle erklärt, gleichwohl das Individuum — zwar nicht unter der Form des Rechts, wohl aber unter der

1) Geneſis des Strafrechts Theil 1 und 2.

2) *Rossi* in der krit. Ztſchr. für Rechtswiſſ. und Geſetzgebung des Auslandes. III. Nr. 12. vgl. aber auch Traité I. c. 9. Stari in Wagners Ztſchr. 1828 III. S. 163 ff. und *Rosmini* Filos. del diritto I. S. 698. ff.

des Wohls — zum ſchöpferiſchen Principe macht. Ueber dieſen Standpunkt iſt in der That auch Carmignani nicht hinausgekommen, da er wenigſtens das Strafrecht weſentlich auf die gleiche Weiſe aus dem Vertheidigungsrechte ableitet, es als Vertheidigungsrecht der Geſellſchaft konſtruirt und ihm den Präventionszweck zum Princip giebt. Daß er nicht vom Nutzen der Geſellſchaft ſpricht, ſondern dem Nutzen die Nothwendigkeit ſubſtituirt, iſt ohne Bedeutung, da er dieſe Nothwendigkeit, ſelbſt nur als eine relative, d. h. um des Beſten der Geſellſchaft willen vorhandene ſchildert, und ausdrücklich das politiſche Recht als ein eigenthümliches Produkt der naturgemäßen Sociabilität bezeichnet, mithin demſelben die empiriſche Exiſtenz der Gattung (die ſenſitive Natur des Menſchen) und ihr Intereſſe zur Baſis giebt. Gleichwohl gehört er einer Periode des Fortſchritts an, da er, nur in andrer Weiſe, als Roſſi, eine Vermittlung des Utilitätsprincips mit dem moraliſchen herzuſtellen ſich bemüht, daher er denn dem empiriſch-begründeten politiſchen Rechte ein der Moral beigezähltes Naturrecht oder Vernunftrecht zum regulativen Principe giebt. Indeſſen zeigt eben dieſer Ausweg, daß hier von einer wirklichen Vermittlung nicht die Rede iſt, vielmehr nur ein Dualismus von Principien zu Stande kommt, bei welchem die Vernunft, die ohnedies nur als endliche aufgefaßt iſt, in der negativen Stellung, die ihr eingeräumt wird, nothwendig den Kürzeren ziehen muß, daher denn auch das ganze Syſtem mit ſeinem Schwerpunkte offenbar noch in die Periode des Materialismus fällt, welchem der ſchöpferiſche Begriff in der Welt der objektiven Sittlichkeit das Wohl als ſolches iſt [1]). — Ohne ſolchen Dualismus, der überdies noch nicht einmal auf der Höhe des kantiſchen ſteht, ſondern ſeine deutſchen Repräſentanten in der Schule des vorkantiſchen Naturrechts hat, iſt das Princip des Intereſſes in ſeiner ganzen Schärfe durchgeführt worden von Bentham. Er iſt ohne Zweifel der ſpekulativſte unter allen Genannten, da er mit weit mehr Entſchiedenheit, als Romagnoſi, die edle Inkonſequenz Rouſſeaus, die intelligente Freiheit des Geiſtes in einem von Grund aus materialiſtiſchen Syſteme zuzulaſſen, verwirft, und vielmehr die geſammte ſittliche Welt mit der unerbittlichen Konſequenz eines ſeltenen Scharfſinns ſchlechthin unter die Kategorie des Mechanismus bringt. Da Rouſſeau vom Individuum ausgieng, ſo konnte er nicht den Willen in ſeiner wahren Allgemeinheit, ſondern denſelben nur in der Form der multiplicirten Willkühr zum Schöpfer von Recht und Staat, mußte aber ebendeshalb dieſe zum Mittel für die Zwecke des Individuums machen und ſofort gerade da ſchwankend werden, wo am meiſten Feſtigkeit Noth gethan hätte, bei der Grenzbeſtimmung zwiſchen dem Ein-

1) *Mancini* in den o. a. Briefen a. E.

zelwohl und Gemeinwohl, wie denn auch gerade ſeine Aeußerungen über das Strafrecht an dieſem Mangel höchſt fühlbar leiden [1]). Obgleich aber die Nothwendigkeit, bei einem ſolchen Syſteme den Begriff des Rechts in dem des Wohls ſich abſorbiren zu ſehen, gerade bei der Konſequenz Rouſſeau's einleuchtend hervorgieng, ſo haben doch nicht nur Beccaria und Filangieri, ſondern ſelbſt noch Romagnoſi und Carmignani den Begriff des Rechts nicht fahren laſſen wollen, ſo deutlich auch erhellt, daß er entweder nur mittelſt gehaltloſer Abſtraktionen oder auf Koſten der Einheit des Princips eingeführt, in keinem Falle aber in ſeinem Weſen begriffen und fruchtbar gemacht werden konnte, wie er denn bei dem Scharfſinnigſten unter den Genannten, Romagnoſi, in der That faſt nur noch dem Namen nach vorkommt, während er in Wahrheit nur noch die naturgeſetzliche Gleichheit der individuellen Willensatome ausdrückt. Deshalb iſt es ein Beweis ſpekulativer Kraft, daß Bentham jene Stütze als völlig unbrauchbar wegwirft, und, was bei den Uebrigen nur als nothwendige Konſequenz, die ſie zu verläugnen ſtreben, hervorgeht, geradezu ausſpricht: das Recht ſei nichts an und für ſich, ſondern bloßes Mittel für die Zwecke des Wohls. Geht man einmal vom empiriſchen Individuum aus, ſo kann man ſich allerdings daſſelbe nicht iſolirt, ſondern muß es als Theil eines geſellſchaftlichen Ganzen denken, welches ebenſowohl von Natur da iſt, als das Individuum. Mit Recht verwirft daher Bentham den Naturzuſtand und das Princip des Vertrags als Sophismen; um ſo mehr mit Recht, als in der That weder die Exiſtenz der Geſellſchaft ſolcher Deduktionen bedarf, noch auch in der That dieſe Prämiſſen geeignet ſind, zur Erkenntniß des wahren Weſens derſelben zu führen. Die Betrachtung des Menſchen als eines freien Weſens erſcheint als eine durchaus einſeitige, da der empiriſche Menſch, als Princip genommen, vielmehr eine Totalität von noch ganz andern Momenten bildet, die, als Summe ſeiner Exiſtenz, ſein Wohl ausmachen. Iſt mithin das Geſetz der Natur das einzige reelle, ſo iſt auch das höchſte Geſetz für den Menſchen nur ſein Wohl, ſeine Glückſeligkeit. Die Geſellſchaft iſt aber nur das Kollektivganze der Einzelnen und muß daher daſſelbe Geſetz haben, nämlich ihr Wohl, und eben damit das Wohl der möglichſt größten Anzahl ihrer Mitglieder zu realiſiren. Erſt durch die dieſem Zwecke gemäß von der Geſellſchaft erlaſſenen Geſetze entſteht das Recht und hiemit auch das Strafrecht, als das unentbehrliche Mittel zur Selbſterhaltung der Geſellſchaft gegen die ihrem Wohl gefährlichen Handlungen der Einzelnen, zwar ein an ſich niedriges und allen edleren

---

1) S. *Rossi* l. c. 11. Eben in Beziehung auf jenen Grenzpunkt tritt auch B. Conſtant gegen Rouſſeau auf, wobei er ebenſoſehr Recht als Unrecht hat, da beide von dem freien Individuum ausgehen, und der Gedanke der Subſtantialität von Recht und Staat bei Conſtant nur als Ahnung, nicht als Princip auftritt.

Gefühlen widerſtrebendes Mittel, das aber, als unentbehrliches Opfer für das allgemeine Wohl betrachtet, ſich zum höchſten Rang der öffentlichen Wohlthaten erhebt. Eben dieſe Entſchiedenheit, womit B. das Wohl zum einzigen und höchſten Grundſatz macht, giebt nun auch ſeinem Strafrechtsſyſtem den ungemeinen Vortheil, ſich nicht in irgend einem beſchränkten Zwecke abzuſchließen, ſondern eine Mannigfaltigkeit von Zwecken zuzulaſſen, deren gegenſeitige Abwägung zu einer ebenſoſehr das Wohl des Ganzen, als das des Einzelnen und inſonderheit des Verbrechers ſelbſt in's Auge faſſenden Oekonomie des Syſtems führt. Er nennt Generalprävention, theils durch Androhung, theils durch Vollziehung der Strafe, und Specialprävention, theils durch Unſchädlichmachung, theils durch Einſchüchterung, theils durch Beſſerung des Verbrechers. Nimmt man nun hinzu, daß er das geſammte Strafrecht als Mittel der Selbſterhaltung des Ganzen auffaßt, ſo hat man hier alle Zwecke beiſammen, die dem Begriffe des Wohls abgewonnen werden können, und Bentham erſcheint nicht nur als der konſequenteſte, ſondern auch als der vollſtändigſte Vertheidiger eines Princips, das, obgleich in ſeiner Einſeitigkeit unwahr, doch als Moment unentbehrlich und inſonderheit für die Geſetzgebungspolitik vom höchſten Werthe iſt [1]. Insbeſondere iſt mit Anerkennung die Hervorhebung des Beſſerungsprincips zu bemerken, welches freilich auch ſchon im Geiſte der früheren Theorieen lag, aber doch, wie in der Geſchichte des Strafrechts ſelbſt, ſo auch in der Entwicklung des Princips der Prävention, erſt als Gegengewicht gegen das zunächſt ſich darbietende Abſchreckungsſyſtem hervortreten konnte. Gerade das Beſſerungsprincip nun, wie es aus der Theorie des Wohls abgeleitet und in die genauſte Verbindung mit dem Abhaltungsſyſtem gebracht war, hat die ſegensreichſten praktiſchen Folgen getragen, wie das Aufblühen des Pönitentiarſyſtems in der Theorie und im Leben beweist [2].

Der deutſche Kriticismus nahm in Kant das Problem aller modernen Philoſophie in ſeiner ganzen Tiefe vor ſich, indem er die Verbindung der von den beiden beſprochenen Richtungen je als Totalität geltend gemachten Glieder des Gegenſatzes, d. h. die Möglichkeit überhaupt, dem Seyn durch das Denken beizukommen, zum Gegenſtande der Unterſuchung machte. Dieſe Wendung iſt eine ſo großartige, daß ihre Wirkung ſich nicht innerhalb der deutſchen Philoſophie verlaufen konnte; vielmehr zeigt die Geſchichte der neueren Philoſophie in Frankreich und Italien augenſcheinlich, daß alle ſpekulativen Köpfe auch

1) Traité de législation und Théorie des peines. Vgl. *Ahrens* Cours de droit naturel. S. 41—53. durch ihn blühte beſonders in Frankreich die materialiſtiſche Schule neu auf (*Comte, Rey, Dunoyer* u. A.) theilweiſe als Gegnerin von *Rousseau* (wegen ſeines ſpiritualiſtiſchen Elements).

2) S. die Schriften von *Roscoe*, *Rush*, *Bradford*, *Howard* ꝛc.

dort in den Unterſuchungen Kant's den Angel- und Wendepunkt aller modernen Philoſophie erkennen: Indeſſen hat nun die Kantiſche Lehre das Eigenthümliche, daß ſie zwei weſentlich verſchiedenen Perioden angehört, indem ſie einerſeits Kriticismus iſt, andrerſeits — und zwar eben in ihrem praktiſchen Theile — den Anfang einer neuen Konſtruktion macht, die übrigens erſt durch Fichte zum Syſteme des ſubjektiven Idealismus vollſtändig ausgebildet iſt. Dieſer Dualismus in der Kantiſchen Philoſophie, der ſie ſo weſentlich charakteriſirt und insbeſondere in ſeiner Rechtslehre in Konſequenzen greifbar iſt, die nicht ſelten ſogar einen Nachlaß der ſpekulativen Kraft verrathen, iſt zwar von Männern, wie Fichte, Feuerbach, Grolman, wohl erkannt, dagegen von heutigen Geſchichtſchreibern der Strafrechtsphiloſophie ſo ſehr überſehen worden, daß allein ſchon dieſer Mangel zeigt, wie es ihnen an allem ſpekulativen Bewußtſein fehlt: nur jener Dualismus erklärt es, wie nicht nur Kant ſelbſt auf die Grundlage ſeiner Rechtslehre ein Strafrechtsprincip ſetzen konnte, das, abgeſehen von dem Dürftigkeitszeugniß, welches es ſich durch die Berufung auf den kategoriſchen Imperativ ſtellt, eben mit den Grundprincipien des Syſtems im Widerſpruch ſteht, ſondern auch auf dieſem Irrwege eine ganze Reihe von Jüngern finden konnte (Beck, Tieftrunk, Bergk, Zachariä, Tafinger u. A.) [1]); und wie dagegen der Geiſt ſeiner Rechtslehre, ihm ſelbſt gleichſam unter der Hand entſchlüpfend, bei Fichte, Feuerbach, Grolman u. A. erſt zu ſeiner ureigenen Entfaltung kam.

Wie Rouſſeau, ſo hat auch Kant das unſterbliche Verdienſt [2]), den Begriff des Rechts auf den Willen gegründet zu haben. Während aber jener keinen Zweifel darüber ließ, daß er vom endlichen Willen ausgehe und daher ein allgemeiner Wille nur durch Vertrag entſtehen könne, ſo ließ Kant dieſe Konſequenz in ihrer vollen Schärfe erſt ſeinen ebenbürtigen Schülern zu ziehen übrig, während ſeine eigene Rechtslehre, wie auch von Stahl richtig bemerkt iſt, zwiſchen dem an und für ſich ſeienden Vernunftwillen, der dann die kategoriſchen Imperative ſchafft, und dem vertragsmäßigen Kollektivwillen der Individuen dualiſtiſch in der Schwebe bleibt und eben deshalb zu ſo zweideutigen Folgerungen weiter geſponnen werden konnte. Der ſpekulative Kern ſeiner Lehre nun, wie er in dem ſubjektiven Idealismus zu ſeiner adäquaten Durchführung kam, iſt dies: der Primat der praktiſchen Vernunft über die theoretiſche mußte zu vollſtändiger Anerkennung gebracht werden, was dadurch geſchah, daß das Ich zur Totalität gemacht wurde und als praktiſches Ich eben die Schranke ſelbſt ſetzte,

2) Vgl. Grolman über die Begründung des Strafrechts. S. 216 ff.
3) A. M. Warnkönig, Rechtsphiloſ. S. 134.

welche es als theoretiſches anerkennen mußte. Während mithin Kant die Freiheit des Ichs als Vermögen, einen Zuſtand abſolut anzufangen, aus dem Vernunftgebote, das Sittlichgute zu wollen, folgen läßt, außer dem Ich noch eine reale (wenn auch in ihrem Anſich nicht erkennbare) Welt annimmt, ſofort auch das Geſetz für das Handeln in dieſer Welt als ein Vernunftgeſetz, die äußere Freiheit nur als Mittel für die innere darſtellt, — ſo ſpricht Fichte vielmehr aus, daß die Freiheit das Ich ſelbſt, das Ich das allein Reale, die Geſetze ſeines Handelns nur ſeine eigene Natur, die äußere Freiheit daher gleichfalls ein Ausfluß dieſer Natur, und das Rechtsgeſetz nur ein Produkt ſeines Willens ſei. Hiemit war denn alle Zweideutigkeit der Kantiſchen Rechtslehre abgeſchnitten und das Vertragsprincip in derſelben Reinheit, wie bei Rouſſeau, zur Grundlage gemacht. Eine eigenthümliche Mittelſtellung zwiſchen Kant und Fichte ſuchte zwar Feuerbach einzunehmen, indem er mit letzterem von dem Individuum ausgieng und die Unthunlichkeit der Ableitung des Rechtsgeſetzes aus dem Sittengeſetze einſah, dagegen doch mit Kant das Rechtsgeſetz überhaupt auf die praktiſche Vernunft gründen wollte, und hiezu eine eigene, ſog. juridiſche Vernunft erfand [1]); allein dieſe Mittelſtellung läßt Feuerbach in Bezug auf den Nerv der ganzen Rechts- und Staatsphiloſophie doch auf Fichte's Seite treten, wenn gleich gerade der Hauptpunkt ſeiner Strafrechtsphiloſophie, ſeine Imputationslehre, den Kantiſchen Dualismus zwiſchen theoretiſcher und praktiſcher Philoſophie nicht verläugnet [2]). Obgleich nun aber der ſubjektive Idealismus, gleich der Rouſſeau'ſchen Schule, Recht und Staat auf das Princip des Vertrags gründet, ſo findet ſich dennoch die weſentlichſte Divergenz zwiſchen beiden Schulen. Denn das Ich des Idealismus iſt eben nicht das empiriſche Individuum des Materialismus, daher auch die Schöpfung des allgemeinen Willens im einen Falle eine durchaus andre, als im andern. Jenes Ich iſt das zur Offenbarung der abſoluten Kauſalität des ſittlichen Triebs berufene [3]), das um der Erfüllung ſeines Zwecks willen eine Wechſelwirkung Aller mit Allen behufs der Erzielung der Uebereinſtimmung zu derſelben praktiſchen Ueberzeugung und zu einer derſelben angemeſſenen Gleichförmigkeit des Handelns, hiemit das Zuſammenleben in Kirche und Staat fordert [4]), obgleich der Staat ſelbſt eine vom Sittengeſetze unabhängige Begründung haben muß [5]). Der Grund mithin, aus welchem das Ich des Idealismus ſeine Freiheit behufs der Produktion des Rechtsgeſetzes

1) Kritik des natürlichen Rechts. S. 237 ff.
2) Reviſion I. S. 150—176. 319—323 II. S. 146 ff.
3) Fichte, Sittenlehre S. 78 ff.
4) A. a. O. S. 271 ff.
5) Fichte, Naturrecht I. S. 1—54.

beſchränkt, iſt ein weſentlich andrer, als bei den Materialiſten. Es iſt ihm um die Herrſchaft des Rechtsgeſetzes als ſochen, als des einzigen Mittels, welches das Zuſammenleben freier vernünftiger Weſen möglich macht, zu thun; und obgleich die Herſtellung des Rechtszuſtands eben nur von der Freiheit ausgehen und nur durch den vertragsmäßigen Zwang ſeine Garantie ſuchen kann, ſo iſt darum doch dieſer Zuſtand nicht etwa nur ein nothwendiges Uebel, eine Feſſel und Schmach für die Freiheit, ſondern im Gegentheil das nothwendige Medium ihrer Exiſtenz und ein Mittel zur Erreichung des höchſten ſittlichen Zwecks. Zwar iſt auch hier der Rechtsidee aller ſubſtantielle Gehalt entzogen und dieſelbe auf's Entſchiedenſte von der Moral abgetrennt; es iſt auch hier als nächſter Zweck für die Entſtehung des Staats nur die Sicherheit der Perſon und des Eigenthums aufgeſtellt, Recht und Staat ſind auch hier zur Accidentalität und zum bloßen Produkte herabgeſetzt, daher auch dieſelben Strafzwecke, wie bei den ausländiſchen Schulen, auftreten und ſogar ausdrückliche Berufungen auf dieſe vorkommen [1]); — allein gleichwohl iſt der Geiſt der idealiſtiſchen Schule ein weſentlich andrer. Denn das Ich, als deſſen Produkt und Intereſſe hier Recht und Staat erzeugt werden, iſt nicht das empiriſche, in der Totalität ſeiner zufälligen Beſonderheit und ſeiner beliebigen Intereſſen anerkannte, egoiſtiſch nach ſeinem Wohle ſtrebende, nach dieſem Alles meſſende und dieſem Alles unterordnende Ich der romaniſchen Philoſophen. Vielmehr zeigen ja die philoſophiſch-geſchichtlichen Prämiſſen jenes Ichs, daß es gerade im Gegentheil die in die Subjectivität ſublimirte Subſtanz ſelbſt, daher auch ſeine Freiheit dieſem ſeinem Weſen gemäß kein blindes Kind der Natur, ſondern eine vernünftige Tochter des Geiſtes iſt, und ebendeshalb ihr Produkt einen andern Charakter haben muß, als das einfache oder multiplicirte empiriſche Wohl des Individuums. Dieſer idealeren Auffaſſung ſtand zwar gerade Rouſſeau nicht ſo fern. Aber er vermochte ſie nicht zu begründen, weil er ſein Ich aus dem Materialismus nahm, während das Ich Fichte's aus der Kantiſchen Vernunftkritik hervorgegangen war. Obgleich mithin der Staat des ſubjektiven Idealismus ſeine Garantie nur in dem vertragsmäßig ausgeübten Zwange ſucht und inſofern als ein Ding niedrer Ordnung gegenüber der unter der Regel des Sittengeſetzes lebend gedachten Gemeine bildet, ſo iſt es doch charakteriſtiſch, daß bei Kant jenes Zwangsinſtitut geradezu aus dem Sittengeſetze ſelbſt deducirt, bei Fichte dagegen zwar der Produktion durch die Freiheit anheim gegeben, aber theils für die vorläufig unumgängliche Regel des

---

1) Z. B. von Feuerbach auf Bentham, von Grolman auf Filangieri.

vernünftigen Zuſammenlebens, theils für eine durch fortſchreitende Verſittlichung des Geſchlechts entbehrlich werdende, zur Auflöſung in die freie Gemeinde der das Sittliche um ſein ſelbſt willen vollbringenden Weſen beſtimmte Anſtalt erklärt wird [1]). Auch in ſeiner ſcheinbaren Erniedrigung behält deshalb der Staat des ſubjektiven Idealismus noch ſeine Hoheit gegen den Staat der Utilitarier. Denn jene Erniedrigung erleidet er nur, damit die Freiheit des ſeiner innerſten Natur nach ſittlichen Ichs möglichſt geſchont werde. Indem aber eben dieſes Ich die Subſtanz des Willens in ſich abſorbirt hat, ſo iſt es klar, daß ſeine Freiheit nicht den willkührlichen Inbegriff der empiriſchen Intereſſen des ſinnlichen Individuums, d. h. nicht das Wohl des beſonderen Willens als ſolchen, oder das gemeinſame Wohl der vielfachen Beſonderheit zu ihrem Princip haben kann; vielmehr, wenn gleich auch hier vom Ich ausgegangen, und daher Recht und Staat als nur durch dies und für dies ſeiend, d. h. als Forderungen des Wohls konſtruirt werden, ſo liegt doch die große Differenz darin, daß als dieſes Wohl eben nur das Recht — als die vernünftige Regel des ſocialen Lebens — ausgeſprochen wird. Es wird alſo nicht um des Nutzens willen das Recht (als ein nothwendiges Uebel) zugelaſſen, ſondern es wird das Recht als das allein Nützliche gefordert. Daher wird auch durch dieſes Recht nicht die Freiheit des Ichs beeinträchtigt, ſondern erſt wahrhaft geſetzt. Der Staat iſt nicht der Tod, ſondern die Erfüllung des Naturrechts. — So in ihrer Wahrheit aufgefaßt [2]), bilden daher auch die Strafrechtstheorieen des ſubjektiven Idealismus nicht — wie man nach den hergebrachten Tabellen anzunehmen ſcheint — bloße Wiederholungen der ausländiſchen Nutzenstheorieen, ſondern ſie ergänzen dieſelben, indem ſie der Abſtraktion des Wohls, das ohne das Recht nicht fertig werden kann, die Abſtraktion des Rechts, das ſich als zwecklos erkennt, wenn es nicht als Wohl der Individuen verwirklicht wird, entgegenſtellen.

Die rohſte und naivſte Erſcheinung auf dieſem Gebiete iſt nun ohne Zweifel die [3]) ſogen. unmittelbare Abſchreckungstheorie, welche eben nur das Nothdürftigſte zuſammenbringt: daß die Rechtsordnung aufrecht erhalten werden müſſe, und daß dazu die Strafe vortrefflich als Mittel diene, ſofern durch den Anblick ihrer Vollziehung das Gemüth erſchüttert und davon abgeſchreckt werde, dasjenige zu thun, wovon ihm die nothwendige Folge ſo unangenehm erſcheine. Daß ſo magere Ge-

---

1) Fichte, Nachgelaſſene Werke II. S. 501—504.

2) Die tiefere Bedeutung dieſer Theorieen hat auch Klenze in der ſonſt ſehr ſchätzenswerthen Einleitung zu ſeinem Lehrbuch über die Gebühr verkannt.

3) Gmelin, Grundſätze der Geſetzgebung über Verbrechen ꝛc. S. 35. Vgl. J. G. A. Wirth, Handb. der Strafr.-Wiſſenſchaft. S. 146—148.

danken[1]) für ſich, oder (wie von Klein beliebt wurde) in begriffloſer Zuſammenſtellung mit dem Princip der Genugthuung Niemanden befriedigen konnten, liegt auf der Hand. Um ſo größeren Eindruck machten die Theorieen von Feuerbach und Grolman. Erſterer ſteht, wie ſchon angef., zwiſchen Kant und Fichte in der Mitte. Mit jenem theilt er noch die Ableitung des Rechtsgeſetzes aus der Vernunft, wenn auch nur aus einer juridiſchen, desgleichen das Bewußtſein von der nothwendigen unmittelbaren Kauſalverbindung zwiſchen Verbrechen und Strafe, endlich den ſchneidenden Dualismus zwiſchen dem intelligibeln Menſchen und dem der Erſcheinung, wornach er aus dem Gebiete des Strafrechts den Begriff der Freiheit geradezu verbannen zu müſſen glaubte. Andrerſeits hat ihm das Vertragsprincip ſchon entſchiedene Geltung; desgleichen verwirft er den kategoriſchen Imperativ und glaubt die Strafe nur durch einen vernünftigen Zweck rechtfertigen zu können; endlich iſt es ihm ſehr darum zu thun, die Vereinbarkeit der Androhung und Zufügung der Strafe mit der rechtlichen Freiheit zu beweiſen, — ein Beweis, den er mehrfach variirt hat[2]). Eben mit dieſem Intereſſe ſteht er aber ganz auf Fichtiſchem Boden. Denn das erſte Beſtreben der ganzen Schule mußte ſeyn, dem kategoriſchen Imperativ die Deduktion des Strafrechts aus der rechtlichen Freiheit zu ſubſtituiren. Das Rechtsgeſetz iſt ihr das Geſetz, wornach Jedermanns Freiheit neben der Freiheit aller Uebrigen beſtehen kann. Dies und den Beweis der Zuläſſigkeit des Zwangs, als der Negation des Unrechts, hatte ſie ſchon von Kant erhalten. Aber es handelte ſich nun darum, insbeſondere die Rechtmäßigkeit des Strafzwangs zu erweiſen. Gerade die Zwiſchenſtellung, die Feuerbach einnahm, und die man ebenſowohl ſeinem tiefen praktiſchen Gefühle, als ſeiner Anhänglichkeit an Kant zurechnen darf, hat ohne Zweifel zu dem großen Einfluß, den ſeine Lehre gewann, beigetragen, während die entſchiedeneren Idealiſten durch ihre konſequentere Einſeitigkeit auch deren Mängel offener zu Tage legten. Er beginnt (in der Reviſion) mit einer Erörterung des Begriffs der Strafe, die ebenſogut an der Spitze einer abſoluten Theorie ſtehen könnte; denn er erkennt die gewöhnliche Vorſtellung, daß die Strafe nothwendige, gerechte, verdiente Folge einer ungerechten Handlung ſei, vollkommen an, obgleich er hinterher gerade den Nerv dieſer Vorſtellung zerſtört. Dadurch gewinnt er den Vortheil, von vornherein das allgemeine Bewußtſein für ſich zu haben, und er braucht nun nur zu fragen: wie läßt ſich ein ſolches, auf vergangene Handlungen bezogenes Strafrecht des Staates erweiſen? Von ſelbſt verſtand ſich nun, daß die bürgerliche Strafe von der

1) Grolman, Begründung ꝛc. S. 239—246. Feuerbach, über die Strafe als Sicherungsmittel. S. 121—167.

2) Antihobbes, S. 220 ff. Ueber die Strafe ꝛc. S. 97 ff.

moraliſchen verſchieden ſeyn müſſe, da der Staat nur das Rechts-, nicht das Sittengeſetz zu realiſiren habe, und ebenſo ſcharf ward der Unterſchied zwiſchen Strafe und Vertheidigung angegeben. Weiterhin war es auf Feuerbach's Standpunkt klar, daß der Staat, die Geſellſchaft zum Rechtsſchutze, keinen andern Zweck, als eben den der Rechtsſicherung, haben könne. Da jedoch der Unterſchied zwiſchen Strafe und Vertheidigung aufgezeigt war, ſo ergab ſich als Problem: das Recht zu einem Zwange zu finden, der in dem Vertheidigungsrechte gegründet, aber gleichwohl von der Vertheidigung ſelbſt verſchieden wäre. Dieſe Aufgabe ſucht er nun ſo zu löſen: Im Staatszwecke liegt die wechſelſeitige Freiheit aller Bürger, mithin die Nothwendigkeit, daß überhaupt keine Beleidigungen (Störungen jener Freiheit) im Staate geſchehen. Folglich muß auch der Staat ein Mittel haben, ſolche allgemein zu verhüten. Hiezu iſt die Prävention zu beſchränkt, phyſiſche Entgegenwirkung nicht tauglich. Mithin bleibt nur die pſychologiſche übrig. Der Staat muß alſo auf das Begehrungsvermögen der Bürger wirken und es ihnen pſychologiſch unmöglich machen, Rechtsverletzungen zu begehen, und, wenn ſie wirklich widerrechtliche Neigungen haben, ſich nach dieſen zu beſtimmen. Letzteres kann nur geſchehen durch Androhung ſinnlicher Uebel, deren Größe die Unluſt aus der Nichtbefolgung der rechtswidrigen Neigung überwiegt. Auf die Freiheit nämlich, als ein rein moraliſches Vermögen, kann der Staat nicht wirken wollen, vielmehr, da er es lediglich mit dem Menſchen der Erfahrung zu thun hat, nur durch die Sinnlichkeit auf die Sinnlichkeit. Die Androhung durch ein Geſetz aber iſt nothwendig, weil der Bürger die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Verknüpfung von Strafe und Verbrechen haben, und weil das Recht der Perſönlichkeit geachtet werden muß. In der That iſt auch eine ſolche geſetzliche Androhung rechtmäßig, da Niemands Rechte dadurch gekränkt werden. Da aber die leere Drohung die vorausgeſetzte Wirkung nicht haben könnte, mithin das Geſetz ſich ſelbſt widerſprechen würde, ſo muß die Drohung betreffenden Falls auch ausgeführt werden. Dieſe Ausführung iſt denn auch nicht minder rechtmäßig, als die Androhung, weil Jeder, der das vollkommene Recht hat, eine Unterlaſſung zu fordern, auch das vollkommene Recht haben muß, die entgegenſtehende Begehung willkührlich zu bedingen, andrerſeits aber die Einwilligung in das rechtlich Bedingte zugleich die Einwilligung in die rechtliche Bedingung in ſich ſchließt [1]). — Eben der letzte Punkt war es übrigens, worin F. ſich nicht ſicher fühlte. Denn während er früher die Einwilligung des Verbrechers ausdrücklich einen Kontrakt nannte, und hiemit dem Vertragsprincip, worauf ſein ganzes Rechtsſyſtem ruht, getreu blieb [2]), ſo wollte er ſpäter von einem ſolchen

1) Reviſion I. S. 1—56.

2) Vgl. Grolman, Begründung ꝛc. S. 12—22.

Kontrakte nichts mehr wiſſen, ſondern ſubſtituirte der wirklichen Einwilligung die rechtliche Nothwendigkeit, ſich der Strafe zu unterziehen[1]), wodurch er ſeinem Gebäude das Fundament wegzog. Konſequenter war es daher ohne Zweifel, wenn Andre, wie Erhard, Kleinſchrod, v. Almendingen, und Unterholzner[2]) ſich unmittelbar auf die Einwilligung in den Staatsvertrag beriefen.

In Grolmans Theorie iſt der Geiſt des ſubjektiven Idealismus entſchiedener ausgeſprochen, ſo zwar, daß ſie gerade — was in der Regel nicht bemerkt wird — die Hauptpunkte mit Fichte's eigener Lehre gemein hat, nämlich die Theſis der Unendlichkeit der Prävention und die Antitheſis, daß der Verbrecher ſoviel als möglich dem Staat erhalten werden müſſe[3]). Dieſer Anknüpfungspunkt für die Beſſerungstheorie, die auch in der That von Fichte ſelbſt relative Anerkennung erfuhr, und von Andern in Verbindung mit der Grolman'ſchen Theorie gebracht wurde, unterſcheidet dieſe weſentlich von der Feuerbach'ſchen[4]). Sobald nämlich mit der Produktion des Rechtsgeſetzes und der Rechtsordnung durch die Feiheit des Ichs Ernſt gemacht, dieſe mithin unumwunden als Wohl des Subjekts geſetzt wurde, ſo mußte es als Hauptaufgabe erſcheinen, den Zweck der Sicherheit des Ganzen nicht auf Koſten des Wohls des Einzelnen zu erreichen, und deshalb die Beziehung der Strafe auf den einzelnen Verbrecher in den Vordergrund zu ſtellen. Dieſes an ſich ganz richtige Moment (ſ. §. 163. Anm.) tritt nun übrigens bei Grolmann erſt nur als Schranke des bei Feuerbach alleinherrſchenden Princips der Sicherung des Ganzen auf; bei Fichte zeigt ſich es dagegen bereits poſitiv berechtigt, und in den Beſſerungstheorieen iſt es ſofort auf Koſten des andern Moments zur excluſiven Geltung erhoben worden. Grolman[5]) geht übrigens, wie Feuerbach, von dem Kantiſchen Rechtsgeſetze und der daraus folgenden Zuläſſigkeit des Zwangs gegen Störungen der wechſelſeitig garantirten Freiheit aus. Er verſchmäht es jedoch, den Begriff der Strafe aus der Erfahrung aufzunehmen[6]), wodurch Feuerbach ſeine Deduktion dem gemeinen Bewußtſein zu empfehlen wußte. Vielmehr bleibt er ſtreng

---

1) Vgl. Welcker, Letzte Gründe S. 216 ff. Noch vergrößert hat dieſe Inkonſequenz Bauer in ſeiner ſog. Warnungstheorie.

2) *Erhard* de fundam. jur. pun. Kleinſchrod Syſt. Entw. II. §. 9. v. Almendingen Darſt. d. rechtl. Imput. S. 148 Unterholzner Juriſt. Abhandl. S. 200 ff.

3) Grolman, Begründung ꝛc. S. 31—38. 217 Note ſagt er es ſelbſt.

4) Gewöhnlich freilich ſucht man den Unterſchied in andern untergeordneten Momenten.

5) Materialien ſeiner Theorie fanden ſich bei Kleinſchrod Syſt. Entw. I. S. 11—14. II. S. 1—8. 101—105. Stübel, Syſt. des allg. peinl. Rechts. I. §. 13.

6) In der Begründung ꝛc. S. 39—48 thut er es allerdings auch, aber nur als Konceſſion gegen Feuerbach, und auf Koſten der Konſequenz.

im philoſophiſchen Geleiſe. Zwang, ſagt er, kann überall nur gegen Störungen der Freiheit rechtlich ſeyn. Solche ſind aber entweder gegenwärtig oder zukünftig drohende. Der Zwang gegen jene iſt die Nothwehr, der gegen die letzteren Vertheidigung, Prävention im e. S. Im Anfang begnügte ſich G. damit, dieſe Prävention, als gegen wahrſcheinliche künftige Rechtsſtörungen gerichtet, für hinlänglich gerechtfertigt zu halten, und das begangene Verbrechen nur als Erkenntnißgrund der von Seiten des Thäters drohenden Gefahr ſolcher künftigen Störungen hinzuſtellen. Später jedoch ſuchte er den, beſonders von Feuerbach erhobenen, Einſprüchen zu entgehen, indem er nun ganz entſchieden auf den Boden der Fichtiſchen Rechtslehre trat. Die Herrſchaft des Rechtsgeſetzes, ſagt Fichte, ſei nur möglich, wenn jeder Einzelwille ſich beſtändig dazu beſtimme, demſelben gemäß zu leben; da nun dies nicht erwartet werden könne, und auf dem Gebiete des Rechts nicht erwartet werden dürfe, ſo ſei der Staat als eine vertragsmäßig konſtituirte Uebermacht nothwendig, welche durch Zwang gegen jedes Hervortreten eines widerrechtlichen Willens die Sicherheit herſtelle und den guten Willen für die äußere Realiſirung des Rechts entbehrlich mache[1]). Eben hieran ſchließt ſich nun G., indem er behauptet: das Rechtsgeſetz ſei ein Willensgeſetz, d. h., wer überall im Rechtsverhältniſſe leben wolle, der müſſe ſich jenes Geſetz (gleichviel, aus welchen Beweggründen) zur unverbrüchlichen Norm ſeiner Handlungen machen. Wer nun ein Verbrechen begehe, der zeige eben damit, daß er dieſe Forderung nicht erfüllt habe, und ſei daher als ein ſtetes, der Realiſirung des Rechtsverhältniſſes entgegenſtehendes Hinderniß zu betrachten, deſſen Aufhebung von denjenigen, welche das rechtliche Verhältniß unter ſich wollen, nothwendig bewirkt werden müſſe[2]) Offenbar durchbrach G. durch dieſe Wendung die Konſequenz der Schule mit einem an ſich ſehr wahren, aber auf dem Fundamente jener Rechtsphiloſophie fremden Gedanken, was ihm daher auch Feuerbach[3]) mit Recht nicht gelten ließ, und was er in der ſpätern Abhandlung im Magazin erfolglos zu vertheidigen ſuchte. Zwar meint Welcker[4]), Feuerbach begehe die gleiche Inkonſequenz, allein mit Unrecht, da dieſer keineswegs rechtliche Geſinnung poſitiv zu fordern braucht, vielmehr ſeine Drohung nur darauf berechnet iſt, den jedesmaligen wirklichen Antrieb zum Unrecht hinwegzuräumen, während Grolman's Prävention nur gegen die möglichen Rechtsverletzungen eines beſtimmten Subjekts gerichtet iſt, mithin, um dem Vorwurf zu entgehen, daß

---

1) Fichte, Naturrecht. I. S. 165—169. 175—178.

2) Begründung ꝛc. S. 59—61.

3) Ueber die Strafe als Sicherung S. 12—32.

4) Letzte Gründe. S. 238. 239. vgl. Oerſted Grundregeln. S. 83. 84 in der Note.

er blos wahrſcheinliches Unrecht ſtrafen wolle, G. die Exiſtenz des widerrechtlichen Willens an ſich als das Strafbare behaupten, d. h. rechtliche Geſinnung fordern muß. Zwar ſucht er[1]) dieſem Anerkenntniß durch direkte Annahme der Fichtiſchen Staatsdeduktion zu entgehen, welche gerade darauf beruht, daß man die Subjektivirung des Rechtsgeſetzes im Einzelwillen nicht erwarten könne und dürfe; allein vergebens. In der That zeigt ſich auch G. eben in dieſem Punkte ſehr ſchwankend, indem er[2]) bald die künftigen Rechtsverletzungen, bald den wirklichen böſen Willen voranſtellt, und ſo offenbar zwiſchen Wiedervergeltung und Prävention durchzukommen ſucht, ohne eine ſichere Straße halten zu können. Denn bald ſagt er, das begangene Verbrechen ſei der Sachgrund der Strafe, welche der Thäter eben durch das Verbrechen und die darin bewieſene illegale Geſinnung verdient, verſchuldet habe, bald ſetzt er jenen Sachgrund wieder ganz zum bloßen Erkenntnißgrunde herab, wie er denn auch muß, wenn er nicht die Hauptſache, den Gedanken der Prävention, aufgeben will. Abgeſehen aber von dieſer Verwicklung, aus welcher nicht zu entrinnen war, iſt es der charakteriſtiſche Gedanke in ſeiner Theorie, daß die Strafe unmittelbar auf den Willen des einzelnen Verbrechers bezogen wird. Dadurch bildet ſie die nothwendige Ergänzung zu der Feuerbachiſchen, welche den Gedanken, daß das Recht das allgemeine Wohl ſei, einſeitig verfolgte, d. h. in dem Gemeinwohl das individuelle Wohl des Verbrechers ſelbſt untergehen ließ. Zwar ſpricht G. den Zweck der Beſſerung noch nicht unmittelbar aus, vielmehr iſt auch ihm die Prävention, mithin die Sorge für's Ganze, noch das Erſte; aber er macht den Uebergang zu der nachher entſchiedener geäußerten Ueberzeugung, daß in dem Gemeinwohl das individuelle erhalten bleiben müſſe, eben dadurch, daß er für den Zweck der Strafe an und für ſich nur die Abhaltung des ſtrafbaren Subjekts von künftigen illegalen Handlungen erklärt, und daß er dabei entſchieden die Tendenz offenbart, den Verbrecher wo möglich zu erhalten, und — wie er in einer Note, faſt ſchüchtern ausſpricht — politiſch zu beſſern[3]). Als eine intereſſante Nebenbedeutung der Strafe führt er endlich auch die Abſchreckung Aller durch die pſychologiſche Wirkung des Strafgeſetzes[4]) auf, ohne freilich die Nothwendigkeit[5]) dieſes Moments in ſeinem Syſteme nachweiſen zu können[6]).

Was nun hier nur angedeutet oder behauptet iſt, das wußte Fichte ſelbſt mit der ganzen Kraft ſeines Scharfſinns als Momente zu Einem

1) Begründung ꝛc. S. 87—102.
2) A. a. O. S. 33—57 ff.
3) Begründung ꝛc. S. 116 Note. S. 153 ff.
4) A. a. O. S. 108 ff.
5) Feuerbach a. a. O. S. 47 ff.
6) Bloße Kombinationen der Grolmaniſchen und Feuerbachiſchen Theorie, wie die von Oerſted, ſind hier zu übergehen.

Ganzen zu verflechten. Zwar hat, bei allem wohl begründeten Reſpekt, die juriſtiſche Literatur von jeher ſich das Anſehen gegeben, das Fichtiſche Strafrecht einigermaßen über die Achſel anzuſehen[1]). Deſſenungeachtet wird man aber immer mehr einſehen lernen, daß bei allen Einſeitigkeiten und juriſtiſchen Sonderbarkeiten gleichwohl dieſe Theorie die ſpekulativſte unter allen bisherigen iſt, ſofern ſie es klar ausſpricht, daß, wenn die Strafe einmal auf einen Zweck bezogen ſeyn ſoll, auch alle weſentlichen Zwecke des Einzel- und Gemeinwohls in ihrer Berechtigung anerkannt werden müſſen. In der That enthält ſie gerade die Geſammtheit der ſubjektiven Tendenzen, durch welche, wie hier gezeigt wird, der Begriff der Strafe als objektiver Genugthuung nothwendig ergänzt werden muß. Die bei Grolman nur als Schranke anerkannte Berechtigung des Einzelwohls tritt bei Fichte ſogleich als poſitive Forderung auf, indem er der Theſis, daß jeder Verbrecher, als Verletzer des Bürgervertrags, der Strenge nach aus dem Bürgerverein ausgeſtoßen, d. h. rechtlos werden müſſe, die Antitheſis entgegenſtellt, daß in allen Fällen, in welchen die allgemeine Sicherheit damit beſtehen könne, an die Stelle der Rechtloſigkeit ein milderes Reaktionsmittel treten müſſe, da der Staat ſeine Bürger ſich ſo viel als möglich zu erhalten habe. Der Grundgedanke des ſubjektiven Idealismus, daß das Rechtsgeſetz das einzig mögliche Socialgeſetz ſei, daß aber ſeine Exiſtenz auf die Freiheit des Ichs ſich gründen müſſe, daß mithin in den rechtlichen Inſtitutionen, und ſo insbeſondre im Strafrechte, das Wohl des Ganzen mit dem des einzelnen Ichs vermittelt ſeyn müſſe, iſt hier auf's Schärfſte ausgedrückt, und eben dadurch die Principien von Feuerbach und Grolman in ihr wahres Verhältniß gebracht. Wenn ſodann Feuerbach mit dem Verſuch, die Zufügung der Strafe auf das Grundprincip des Vertrags zu gründen, ſcheiterte und überhaupt durch ſeine Trennung zwiſchen Androhung und Zufügung der Strafe aus der Konſequenz fiel, und wenn andrerſeits Grolman zwar das Vertragsprincip achtete, aber durch die Forderung einer rechtlichen Geſinnung den Unterſchied zwiſchen dem Gebiete des Rechts und dem der Moral, worauf doch das ganze Syſtem beruhte, aufzuheben drohte, — ſo blieb Fichte ſtreng bei dem ſpekulativen Kern der Lehre, indem er das geſammte Strafrecht, ohne allen Rekurs auf moraliſche Ingredienzien, eben nur auf die durch Vertrag gegründete Zwangsinſtitution des Staats baute. Indem er nun für die Fälle der Antitheſis den Abbüßungs- und den Beſſerungsvertrag ſtatuirt, für die äußerſten aber die Ausſtoßung aus dem Bürgerverein, und infolge davon den Kriegszuſtand zwiſchen dem Staat und dem Verbrecher zuläßt, ſo ſind in ſeiner Lehre nicht nur die Androhung

---

1) S. indeſſen auch Oerſted, Grundregeln. S. 62. 63 in der Note.

Feuerbach's und die Prävention Grolman's, ſondern es ſind darin noch außerdem der Beſſerungszweck, der Gedanke der Abbüßung, der Selbſterhaltung des Staats und — wenn auch in dürftiger Weiſe — die Idee der objektiven Genugthuung mit dialektiſcher Kunſt in ein Ganzes gebracht [1]). Durch die rückſichtsloſe Durchführung des Vertragsprincips hatte übrigens Fichte zwar allerdings alle Streitigkeiten darüber, ob aus dem Rechtsgeſetze ſelbſt blos ein Androhungszwang oder ein Präventionszwang abgeleitet werden könne, abgeſchnitten, er hatte aber durch den gänzlichen Bruch mit der Kantiſchen Deduktion des Rechtsgeſetzes, als eines wenigſtens relativ Subſtantiellen, zugleich alles Abſolute an der Strafe aufgehoben und ſie ſchlechthin unter die Kategorie des Relativen, der durch Uebereinkunft erzielbaren Zwecke geſtellt, — ein Reſultat, das Vielen bedenklich ſeyn mochte, die denn, wie z. B. Gros [2]), die Mannigfachheit der von ihm aufgeſtellten Beziehungen der Strafe ſich gefallen ließen, gleichwohl aber wieder nach einem Haltpunkte griffen, um auf ähnliche Weiſe, wie Feuerbach, die Strafe als nothwendige Folge an das Verbrechen knüpfen zu können. Solche Rückgriffe waren aber eben durch den Fortſchritt des Princips im Syſtem Fichte's bereits widerlegt, und, was ſie erreichen wollten, war nur durch das Aufgeben des ganzen ſubjektiv-idealiſtiſchen Standpunkts zu erlangen.

Gerade das Zurückgreifen auf den Kantiſchen Standpunkt gab einer eigenthümlichen Theorie, der Selbſterhaltungstheorie, die Entſtehung, gegen welche dann die Beſſerungstheorie das andre Extrem bildete, ſo zwar, daß in dieſem Gegenſatze nur der ſchon zwiſchen Feuerbach und Grolman hervorgetretene Gegenſatz auf die Spitze getrieben erſcheint. Die Selbſterhaltungstheorie nämlich läßt an der Feuerbachiſchen Theorie gerade das wieder fallen, womit dieſe über Kant hinausgeſchritten war: die Deduktion der Vereinbarkeit des Strafrechts (der Androhung und der Zufügung) mit der das Fundament der Rechtsordnung bildenden rechtlichen Freiheit des Ichs. Sie rekurrirt wieder auf die Ableitung des Rechtsgeſetzes aus dem Sittengeſetze [3]), und ſucht dadurch dem Staat eine von dem Socialvertrage unabhängige Nothwendigkeit zu vindiciren. Daraus wird nun unmittelbar das Recht des Staats, zu exiſtiren, abgeleitet, im Uebrigen aber das Strafrecht wieder auf verſchiedene Weiſe geſchildert. Schulze identificirt daſſelbe ohne Weiteres mit dem Vertheidigungsrechte, wie es auch jeder Einzelne habe, findet aber in dieſem Vertheidigungsrecht höchſt willkührlicher Weiſe nicht nur das Recht der Nothwehr wider gegenwärtig und der Prä-

1) Naturrecht II. S. 95 ff.

2) Naturrecht, §. 346—351.

3) Schulze Leitfaden §. 82 ff. Gros a. a. O. §. 21—30. Martin Lb. des Strafrechts §. 11.

vention gegen künftig drohende Angriffe, ſondern auch das Recht der Wiedervergeltung für ſchon vollbrachte Angriffe, das er überdies nur auf den natürlichen Trieb der Rache zu gründen weiß [1]). Abgeſehen von dem überall eingemiſchten Empirismus, hatte dieſe Deduktion den großen Fehler, aus dem Princip der Selbſterhaltung Rechte abzuleiten, die unmöglich darin liegen können. Dieſen Mangel ſucht Martin zu verbeſſern, indem er das Strafrecht überall auf den Begriff der Nothwehr zu gründen ſtrebt. Er behauptet nämlich, jedes Verbrechen führe für den Staat ſelbſt eine wirkliche Gefahr herbei, nämlich eine Gefahr für das Anſehen der Geſetze, durch welche der Staat beſtehe; dieſer Nachtheil ſei aber ein erſt drohender, da er durch Zufügung der Strafe und dadurch bewirkte Wiederbefeſtigung des Anſehens der Geſetze abgewendet werden könne; hiernach zeige ſich die Strafe als zweckmäßiges Mittel zur Sicherung des Staats, das einerſeits nicht zu entbehren ſei, andrerſeits, wenn es vor der That im Allgemeinen angedroht werde, um pſychologiſch gegen die Verübung von Verbrechen wirken zu können, die Erſchöpfung der gelinderen Mittel zur Abwendung der Gefahr jedesmal ſchon vorausſetze [2]). Hiemit wollte Martin insbeſondere der Nothwendigkeit entgehen, verſchiedene Gründe und Zwecke für die Androhung und für die Zufügung der Strafe aufſtellen zu müſſen. Allein er überſah, daß gerade hierin der Fortſchritt Feuerbachs beſtand, und daß er ſeinerſeits, indem er das Vertheidigungsrecht des Staats mit der rechtlichen Freiheit der Bürger zu vermitteln unterließ, einen Rückſchritt machte. Denn daß eine ſolche Vermittlung nicht in der bloßen Behauptung gegeben ſei, daß ſich der Verbrecher nicht über die Strafe beklagen könne, wenn ſie als unzertrennliche Folge des Verbrechens vorher bekannt gemacht ſei (worauf ſich Martin in der Vorrede (S. VII) beruft, hat ſchon Feuerbach gegen Klein ſchlagend bewieſen [3]). Gerade dann mußte um ſo gewiſſer wenigſtens die Androhung auf die rechtliche Freiheit zurückgeführt werden; und wenn dies nicht geſchah, ſo mußte der Weg Grolman's eingeſchlagen und gezeigt werden, wie die Zufügung des Strafübels mit der in dem Socialgeſetze liegenden rechtlichen Freiheit ſich vereinigen laſſe. In der That iſt nun die Strafe bei Martin, wie bei Grolman, nur als Präventionszwang deducirt; aber während letzterer die Nothwendigkeit der Prävention aus dem wirklich bewieſenen widerrechtlichen Willen, wodurch ſich der Verbrecher als Hinderniß der Freiheit erweiſe, zu rechtfertigen ſucht, ſo verfällt Martin in einen bloßen Cirkel, indem er ſagt: die Strafe ſei nothwendig, um die

---

1) Vgl. Richter, Philoſ. Strafrecht. S. 181—184.

2) Martin a. a. O. §. 12. §. 22. ſ. u. Weber, N. Arch. VI. S. 453.

3) Ueber die Strafe ꝛc. S. 99.

Gefahr zu vermeiden, die aus der Strafloſigkeit entſtehen würde, d. h. die Prävention müſſe eintreten, weil, wenn ſie nicht einträte, keine Prävention ſtattfände [1]). Martin ſagt, der Staat könne nicht ohne Geſetze, und die Geſetze können nicht beſtehen, wenn ſie nicht im Anſehen erhalten werden; wer nun den Zweck wolle, der müſſe auch die Mittel wollen. Allein er überſieht, daß gerade die Nothwendigkeit der Strafe, um das Anſehen der Geſetze zu erhalten, bei ihm eine bloße Behauptung bleibt, und bleiben muß, da in der That von dem Kantiſchen Rechtsgeſetze aus, wie Feuerbach und Grolman klar gezeigt haben, ein Strafzwang immer nur als Sicherungszwang deducirt werden kann, zu dieſem Behufe aber, wenn nicht der Begriff der Strafe verloren gehen ſoll, entweder der Sicherungszwang in dem pſychologiſchen Zwange des androhenden Geſetzes geſucht, oder aber das begangene Verbrechen als Rechtsgrund ſeiner Anwendung aufgewieſen werden muß. Bei Martin iſt überſehen, daß in einem Rechtsgeſetze, das aus der Nothwendigkeit der Freiheit deducirt iſt und deshalb auch nur durch dieſe zum wirklichen Daſein kommen kann, eben dieſe Freiheit eine weſentliche Potenz bildet, die daher nicht dem Ganzen ſchlechthin zum Opfer gebracht werden darf. — In denſelben Fehler verfällt auch Gros, wenn er, von dem Satze ausgehend, daß das Rechtsgeſetz als Zwangsgeſetz gegen Störungen der Freiheit zum öffentlichen Geſetze gemacht werden, d. h. durch äußere Macht ſeine Wirkſamkeit gegen jeden widerſtrebenden Willen behaupten müſſe, — weiter ſo argumentirt: Da es Unterlaſſungen ſeien, welche den Gegenſtand eines verbietenden Geſetzes ausmachen, und dieſe, ohne gänzliche Vernichtung der Freiheit des Handelns ſelbſt, nicht unmittelbar durch äußere Macht bewirkt werden können, ſo müſſe mit dem Verbote zuzugleich etwas Anderes (die Strafe), durch deſſen Bewirkung ſich das Geſetz nach erfolgter geſetzwidriger That wirkſam zeige, als Folge von dieſer feſtgeſetzt werden [2]). — Denn, ſo wahr es auch an und für ſich iſt, daß die Strafe nichts Andres iſt, als die durch Negation des verbrecheriſchen Willens dargeſtellte Unverbrüchlichkeit des Geſetzes, ſo fehlt es doch auf dem Standpunkte, worauf ſich Grolman befindet, an aller Berechtigung zu einem ſolchen Zwange, der gerade von dem Präventionszwang unterſchieden ſeyn ſoll, und Grolman iſt daher noch weniger konſequent, als Martin, der doch den Begriff der Sicherung aufrecht zu erhalten ſucht.

Den direkten Gegenſatz zu dieſen, das Individuum dem Wohle des Ganzen opfernden, Theorieen bildet die Beſſerungstheorie, die auch auf dem Fundamente des ſubjektiven Idealismus, und zwar mit gutem

1) Dagegen gilt ganz das, was Feuerbach, Reviſion I. S. 89, über die Strafe ꝛc. S. 159 gegen Klein bemerkt.

2) A. a. O. §. 546 ff. Vgl. §. 95. 99—101. 105. 106.

Rechte, ſich erhoben hat, ſofern ja Rechtsgeſetz und Rechtsordnung hier als Schöpfung und Intereſſe des Ichs deducirt werden, mithin die Forderung ſehr nahe liegt, daß im Wohle des Ganzen das Wohl des Einzelnen miterhalten werden müſſe [1]). Nur freilich liegt es im Weſen dieſer Theorie (§. 165), wo ſie ſich abſolut hinſtellt, ſtets einem Dilemma zu verfallen; entweder nämlich begnügt ſie ſich mit der politiſchen Beſſerung des Verbrechers, — dann iſt ſie im Weſentlichen nur ein andrer Ausdruck für die Präventionstheorie, gegenüber von welcher ſie jedoch den Mangel hat, dasjenige als poſitiven Zweck hinzuſtellen, was nur negativ erkannt werden kann, zugleich aber auf halbem Wege ſtehen zu bleiben; oder ſie geht zur Forderung der moraliſchen Beſſerung fort, — dann verläßt ſie den vorher noch behaupteten rechtlichen Boden ganz und gar, und ſetzt dem Staat Aufgaben, die er als Rechtsordnung nicht erſtreben kann, noch erſtreben wollen darf, und die ſich überdies in ihrem Begriffe ſelbſt aufheben.

Eine eigenthümliche Stelle nimmt endlich noch J. G. A. Wirth [2]) ein, ſofern er zwar, am Ende einer großentheils ſehr ſchätzenswerthen dialektiſchen Kritik der aus dem ſubjektiven Idealismus hervorgegangenen Theorieen, ſelbſt nur zu einer Nothwehrtheorie gelangt, die in einer bloß äußerlichen Vermittlung des Zwecks der allgemeinen Sicherheit mit dem Zwecke, den Verbrecher als organiſches Staatsglied zu erhalten, beſteht, gleichwohl aber in den Voranſtalten, die er zu dieſer Theorie macht, die Elemente für die richtige Konſtruktion des Strafrechts treffend hervorhebt, ohne ſie freilich bemeiſtern zu können. Es findet ſich nämlich bei ihm die richtige Einſicht, daß ſowohl der ſubjektive Idealismus in ſeiner Abſtraktion von dem An-und-für-ſich-ſeyn der ſittlichen Idee, als der objektive Idealismus der Schellingiſchen Periode in ſeiner abſtrakten Beſtimmung des Staats als eines natürlichen Organismus, in gleicher Weiſe einſeitig ſeien, beide Anſichten vielmehr dialektiſch vermittelt werden müſſen. Indeſſen fällt es ſchon bei der Entwicklung dieſer Gedanken auf, daß der Verfaſſer theils über Syſteme von größter Bedeutung, z. B. das von Fichte, ganz oberflächliche oder gar verkehrte Meinungen hat, noch mehr aber, daß er ganz und gar verſchweigt, welcher Quelle er das Beſte ſeines Buchs, die dialektiſche Methode, zu verdanken hat. Wahrhaft zu verwundern iſt es jedoch, wie endlich, da die Elemente wirklich bereit liegen, der Verfaſſer gerade an der Wahrheit vorübergehen und, ohne alle weitere

---

1) Henke, Streit der Strafrechtstheorieen. S. 81—110. Stelzer, Kritik des Eggers'ſchen Entwurfs. S. 5 ff. Reichmann, über das Strafrecht des Staats. Spangenberg und Möhl gehören nicht hierher, da ihnen der Beſſerungszweck nur Modalität der als abſolut nothwendig gedachten Strafe iſt.

2) Handbuch der Strafrechtswiſſenſchaft. 1823.

Reflexion auf das von ihm ſelbſt ſo vielfach hervorgehobene Moment der Subſtantialität von Recht und Staat, in eine Theorie auslaufen konnte, die nichts anders iſt, als eine nach dem Geſetze des Gleichgewichts veranſtaltete Zuſammenſetzung der Feuerbachiſchen und der Beſſerungstheorie. Indeſſen iſt ihm gleichfalls Unrecht geſchehen, wenn ihn *Martin* als Anhänger *ſeiner* Nothwehrtheorie aufzuführen keinen Anſtand nahm, da vielmehr die Theorie von *Wirth* weit eher mit der von *Fichte* in Verwandtſchaftsverhältniſſe gebracht werden kann.

3) Das Princip der Strafe.

§. 205.

Die Strafe des Staats muß mithin, um dem vollen Begriff der ſittlichen Gerechtigkeit, die auch der Staat in der ihm eigenthümlichen Potenz zu realiſiren hat, zu entſprechen, allerdings auch die dargeſtellten ſubjektiven Intentionen in ſich aufnehmen, aber ſie muß dieſelben dem aus der weſentlichen Natur des Staats, als des objektiv-ſittlichen Organismus, hervorgehenden objektiven Zwecke als dem Hauptzwecke unterordnen, d. h. ihr *Princip*, was ihre Qualität und Quantität weſentlich beſtimmt, muß die *objektive Genugthuung* (*Wiedervergeltung*) bleiben, und die ſubjektiven Zwecke dürfen nur da hervortreten, wo dieſes ihr Hervortreten durch den objektiven Zweck ſelbſt geſetzt iſt. Die Nothwendigkeit hievon liegt eben in dem Begriffe des Staats und ſeines weſentlichen Verhältniſſes zu der Freiheit der Perſon. Iſt nämlich das Weſen des Staats eben nur die objektive Verwirklichung des Sittlichen zu einer äußerlich geltenden Macht, ſo iſt ſeine Aufgabe gegenüber dem Verbrechen durch die Vollziehung der objektiven Genugthuung gelöst. Gehört es aber andrerſeits zum Weſen der menſchlichen Freiheit, mit ihrem ſubjektiven Inneren dem Staate und ſeiner Gewalt nur inſoweit zu verfallen, als ſich dieſes ſubjektive Innere ſelbſt in äußeren Handlungen objektiv gemacht hat, ſo beſteht die eigenthümliche Gerechtigkeit des

Staats darin, Strafe, wie Belohnung des Bürgers lediglich nach der in der äußern Handlung objektiv erkennbaren Würdigkeit oder Schuld auszumeſſen, und dieſes Maß iſt ein Recht, das dem Bürger nicht entzogen werden darf.

§. 206.

Das Verhältniß des Strafprincips zu den ſubjektiven Zwecken iſt aber näher dieſes: 1) müſſen dieſe, wo ſie ſelbſtändig hervortreten ſollen, durch das Princip ſelbſt geſetzt ſeyn. Soll alſo die Strafe den Zweck erhalten, abſolutes Sicherungsmittel zu werden, ſo muß das Verbrechen von ſolcher Tiefe ſeyn, daß der Handelnde dadurch ſein Recht, in der ſittlichen Gemeinſchaft thätig zu ſeyn, ganz verwirkt haben muß. Soll der Zweck der Abſchreckung für ſich hervortreten, d. h. der Verbrecher als Mittel für die Generalprävention gebraucht werden dürfen, ſo muß wiederum das Verbrechen ſo geartet ſeyn, daß darin das Recht, als ſittlicher Selbſtzweck reſpektirt zu werden, als preisgegeben erſcheint. Soll endlich die Strafe unter der Kategorie der Züchtigung und Beſſerung ſich zeigen dürfen, ſo muß die Subjektivität in der Handlung als eine ſolche hervorgetreten ſeyn, welche in den Stand der ſittlichen Unmündigkeit zurückgeſunken iſt und deshalb der Zucht bedarf, um die in der Strafe liegende Willensnegation auch wirklich als ſolche ſich zum Bewußtſein bringen zu können [1]). 2) Sind aber dieſe Bedingungen vorhanden, ſo muß auch der geſetzte ſubjektive Zweck als ſolcher wirklich beſtimmende Norm für die Strafvollziehung werden. Zwar kann er dies immer nur innerhalb der durch das Princip der objektiven Genugthuung gegebenen Maßbeſtimmtheit ſeyn. Aber innerhalb dieſer Schranke muß er dann auch wirklich als Norm zu rela-

1) Spangenberg (Roscoe) Ueber die ſittliche Beſſerung ꝛc. *Lucas* du système pénitentiaire ꝛc. und die Uebrigen bei Mittermaier not. 3 zu Feuerbach §. 149 Angeff.

tiver Selbſtändigkeit erhoben werden; es muß daher inſoweit die Strafvollziehung, je nach den verſchiedenen an der Subjektivität des Verbrechers hervortretenden Modalitäten ſich verſchieden beſtimmen [1]). 3) Umgekehrt ſetzt aber das Princip in der Anerkennung dieſer ſubjektiven Zwecke ſich ſelbſt die Schranke, denſelben nicht entgegenwirken, insbeſondere alſo keine Strafarten anerkennen zu dürfen, welche der Forderung der ſubjektiv ſittlichen Zwecke der Strafe widerſtreben (wie Todesſtrafe, verſtümmelnde Strafen ꝛc.). Desgleichen muß die Vollziehungsweiſe der anzuerkennenden Strafarten ſo beſchaffen ſeyn, daß dadurch die ſubjektiven Zwecke mit befriedigt oder wenigſtens nicht ausgeſchloſſen werden; (daher z. B. die Strafen einerſeits nicht der Art ſeyn dürfen, daß ſie die Eigenſchaft, andre oder den Verbrecher ſelbſt von künftigen Verbrechen abzuſchrecken, verlieren, andrerſeits nicht von der Art, daß ſie die Wirkung der Zucht und Beſſerung, die ſich der Verbrecher daraus abſtrahiren ſoll, verhindern). — Die Nothwendigkeit dieſes Organismus liegt darin, daß der Staat, obgleich ſein ſpecifiſches Weſen in der Verwirklichung des Sittlichen zur objektiven Geltung beſteht, gleichwohl nicht bloß ein Theil der geſammten Sittlichkeit, ſondern der ſittliche Geiſt ſelbſt, nur auf einer beſtimmten Stufe ſeiner Verwirklichung, iſt, daher auch gegen das, was den Typus des Sittlichen ausmacht, nämlich die ſubjektive Verinnerlichung des ſittlich Nothwendigen, ſich nicht abſchließen darf. Wie daher alle Staatsfunktionen, obgleich durch den Begriff nothwendig geſetzt, doch ganz und gar zur Vermittlung des Wohls der Einzelnen ſich aufſchließen müſſen, ſo muß auch die Strafrechtspflege des Staats jene ſubjektiven Intentionen aus ihrem Princip herausſetzen und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung, wo der Staat ſie ſeinem ſpeci-

---

1) Hegel §. 99. Wirth Ethik II. S. 324.

ſiſchen Weſen gemäß nicht direkt erſtreben kann und darf, wenigſtens als Schranke für ſich anerkennen. —

§. 207.

Hiemit ſind aber zugleich alle anderen Forderungen befriedigt, die man vom Standpunkt des als Wohl aufgefaßten Rechts aus gemacht hat. Die Forderung der Prävention durch Androhung der Strafe wird erfüllt durch die anderweitig bewieſene Nothwendigkeit, dem Recht geſetzliches Daſein zu geben (§. 171—175) [1]. Die Forderung der Specialprävention vollzieht ſich durch die (§. 206) aufgezeigte Nothwendigkeit, daß die Strafe die Möglichkeit der Abſchreckung von künftigen Verbrechen involviren, und daß dieſe Möglichkeit gegenüber einem Subjekte, das die in der Strafe an ſich liegende Willensnegation nicht ſelbſt zu empfinden vermag, als wirkliche Zucht hervortreten müſſe. Eben dadurch und durch die erwieſene Möglichkeit und Nothwendigkeit, bei Verbrechen von beſonderer Tiefe den Verbrecher zugleich relativ als Mittel der Abſchreckung Andrer zu gebrauchen, erfüllt ſich die Forderung, daß die Strafvollziehung als Mittel benützt werde, das gleiche negativ-ſittliche Ferment in Andern zu vertilgen und den Reiz zur Nachahmung des böſen Beiſpiels aufzuheben. Indem aber das Strafprincip die objektive Genugthuung bildet, ſo iſt damit an und für ſich die Forderung erfüllt, die Geſetze als die Grundpfeiler der Rechtsordnung aufrecht zu erhalten und den darin ausgeſprochenen allgemeinen Willen als den unverbrüchlichen aufzuweiſen, ſowie eben damit zugleich der Zweck, den durch das Verbrechen erzeugten idealen Schaden wieder aufzuheben, von ſelbſt ſeine Befriedigung findet [2]. Endlich aber iſt durch die aufgezeigte Nothwendigkeit, in der Strafe die Forderung

---

1) Vgl. Abegg, Strafrechtstheorieen. S. 67—72.
2) Abegg, a. a. O. S. 66. 67.

der Tilgung der Schuld als eine theils vom Subjekt ſelbſt zu vollziehende, theils vom Staat vormundſchaftlich zu befördernde anzuerkennen, auch die Intention befriedigt, den Verbrecher nicht dem Gemeinwohl zu opfern, ſondern möglichſt ſeine Erhaltung für den Staat zu erſtreben. Alle dieſe Forderungen ſind aber auf eine ſolche Weiſe erfüllt, daß der Staat in der Ausübung objektiver Gerechtigkeit zugleich ſubjektiv gerecht gegen die Freiheit des Individuums und ihre unantaſtbaren Rechte bleibt (§. 200).

Anm. — Daſſelbe Reſultat haben verſchiedene in den romaniſchen Ländern hervorgegangenen Strafrechtstheorieen zu erreichen geſucht, in welchen ein tiefgreifender Einfluß der deutſchen Philoſophie, freilich ſelten in ihren letzten Phaſen, deutlich erſichtlich iſt. In Frankreich [1]) war auf das Extrem des Materialismus eine reaktionäre Glaubensphiloſophie gefolgt (de Maiſtre, de Bonald, Lammenais, Eckſtein), allein die herrſchende Richtung war die von Rouſſeau und Bentham angeregte geblieben, die im St. Simonismus [2]) und den verwandten Syſtemen nur in eine neue Phaſe trat (mit dem Bewußtſein, daß der inhaltsſchwere Begriff des Wohls, als Einzel= oder Gemeinwohls), ſich nicht in dem Formalismus des abſtrakten Rechts und des hierauf gegründeten Staats abſchließe, vielmehr das Wohl materiell als Recht geſetzt und verwirklicht werden müſſe). Dagegen trat mit der von Royer Collard und Couſin geſtifteten Schule [3]) ein Umſchwung ein, ſofern dieſe Schule, an die deutſche Philoſophie ſich anſchließend, zwar dem Empirismus

---

1) S. Mittermaier, in der krit. Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft des Ausl. III. S. 414—444.

2) Warnkönig, ebend. IV. S. 78—102.

3) Warnkönig, ebend. II. S. 442.

nicht völlig abſagte, aber die Hauptprobleme idealiſtiſch zu löſen ſuchte. Insbeſondere ſtellte ſie ſich nun auch den hergebrachten Nutzenstheorieen, denen faſt alle kriminaliſtiſchen Schriftſteller Frankreichs folgten, entgegen. Couſin ſelbſt [1]) ſieht im Staate eine nothwendige Entwicklungsform der Menſchheit, die bürgerliche Ordnung beruht ihm auf der Idee der Gerechtigkeit; dieſe aber, als dem Subjekte inwohnende Tugend, fordert die Expiation des Verbrechens. Dieſe Expiation kann aber nur durch die Strafe realiſirt werden, indem der Verbrecher nicht nur mit ſich ſelbſt, ſondern auch mit der Geſellſchaft ausgeſöhnt werden muß. Deshalb muß der Geſetzgeber an die Geſetzübertretung als Folge die Strafe knüpfen, welche dann allerdings zugleich dem Volke als heilſame Warnung dienen wird [2]). Gleicher Weiſe ſtützt der Herzog v. Broglie das Strafrecht auf die der moraliſchen Ordnung immanente Idee der gerechten Ausgleichung, welche ſich ſubjektiv als Forderung der Expiation zeige. Zwar reicht dieſe Forderung über den Staat hinaus und in das moraliſche Gebiet hinein; aber, inſofern ſie neben der Forderung der innern Entſündigung auch die der öffentlichen Mißbilligung und der Gutmachung des Uebels enthält, ſo wird ſie Norm für den Staat, der, zwiſchen den Beleidiger und den Beleidigten intervenirend, unpartheiiſch die gerechte Ausgleichung vollzieht und dadurch zugleich den geſellſchaftlichen Frieden ſichert [3]). Aehnlich Guizot in ſeiner Schrift über die Todesſtrafe. Zum Syſtem ausgeführt findet ſich aber das Princip durch Roſſi [4]),

---

1) Oeuvres de Platon. III. S. 142 ff.

2) Vgl. Carré in der Thémis VII. 7. S. 354.

3) Révue française. 1828. Sept. nr. V.

4) Traité de droit pénal. I. S. 246 ff.

bei welchem ſich denn auch der relative Mangel dieſer Auffaſſungsweiſe offenbart. Derſelbe liegt darin, daß das Geſetz der Wiedervergeltung auf keine Weiſe deducirt iſt, ſondern reines Poſtulat bleibt, daß daſſelbe ferner — als Geſetz der Vergeltung des Böſen mit Böſem — nur ſehr oberflächlich aufgefaßt iſt (ſogar die Idee der Expiation iſt, obgleich der Verfaſſer ſich auf den H. v. Broglie beruft, nicht benutzt), und daß der weſentliche Unterſchied zwiſchen moraliſcher und rechtlicher Vergeltung nicht als ein qualitativer, ſondern — und zwar auf keineswegs genau beſtimmte Weiſe — nur als ein quantitativer aufgewieſen iſt. Das Syſtem enthält den richtigen Gedanken der Abſolutheit des Weſens der Sittlichkeit, welches als Geſetz der freien Geiſterwelt ebenſo nothwendig ſei, als das Geſetz der unfreien Natur, zugleich aber von letzterem Geſetze verſchieden ſeyn müſſe, eben weil die freien Weſen von den Naturdingen unterſchieden ſeien. Nicht minder iſt es wahr, wenn auch einſeitig, daß die moraliſche Ordnung auf der Idee der Gerechtigkeit beruhe. Allein dieſe metaphyſiſchen Sätze ſind eben nur behauptet, und das Weſen der Gerechtigkeit iſt nur nach ſeiner äußerlich unmittelbarſten Erſcheinung aufgefaßt, wie denn auch über die Natur des Böſen alle tiefere Erörterung fehlt [1]. Eine ſolche würde auf die klare Erkenntniß des Unterſchieds zwiſchen dem moraliſch und dem rechtlich Böſen geführt haben. Statt deſſen wird nun die rechtliche Gerechtigkeit nur als eine — jedoch unvollkommene — Erſcheinungsweiſe der moraliſchen Gerechtigkeit vorgeſtellt, wodurch denn keiner von beiden Formen der Gerechtigkeit ihr Recht geſchieht, insbeſondere auch nicht der mora-

1) Eine ſolche Erörterung iſt II. S. 24 geradezu, als zu hoch und geheimnißvoll, auf die Seite gewieſen.

liſchen, die lediglich als eine jenſeitige erſcheint. Zwar iſt nun wiederum die ſociale Ordnung richtig als ein nothwendiges Produkt der praktiſchen Vernunft dargeſtellt, das ſich unabhängig von der Willkühr der Individuen entwickle, ſeine Geſetze aber aus der Vernunft ſchöpfe, und ſofort auch eine Macht zur Behauptung dieſer Geſetze verlange [1]). Allein der Staat hat bei R. doch wieder ſehr deutlich nur etwa den Kantiſchen Typus an ſich; er iſt die Vernunft in ihrer, nöthigenfalls zwangsweiſen, Anwendung auf die Koexiſtenz und die freie Entwicklung der gleichgeltenden Einzelwillen. Daher findet ſich auch dieſelbe unklare Vermiſchung der Begriffe von Recht und Pflicht. Einerſeits iſt der Staat nur der negative Ausdruck des Gleichgewichts in der Freiheit der Einzelnen, andrerſeits eine poſitive, vormundſchaftliche, das Wohl befördernde Macht. Das Verhältniß des Individuums zu ihm wird als Pflichtverhältniß vorgeſtellt, daher auch das Unrecht als Pflichtverletzung. Eben damit wird aber die Reaktion des Staats gegen das Unrecht in ein ganz ſchiefes Licht gerückt. Der Staat ſoll ſie, gleichſam als Stellvertreter der moraliſchen Gerechtigkeit, üben, ſie ſoll bloße Erſcheinung dieſer letzteren ſeyn. Da nun die qualitative Differenz zwiſchen dem moraliſch und rechtlich Böſen, Pflicht und Recht abſichtlich verworfen iſt, ſo muß R. nothwendig eine bloß quantitative ſubſtituiren, d. h. die ſociale Gerechtigkeit als einen unvollkommenen Ausdruck der moraliſchen darſtellen [2]). Daher denn die überflüſſige Deduktion des Strafrechts als eines nothwendigen Mittels zur Erhaltung der ſocialen Ordnung, wobei es auf

---

1) I. S. 254—260.
2) I. S. 260—270.

gleiche [1]) Linie mit Erziehung, Polizei, Schadenserſatz-zwang ꝛc. geſetzt, und wodurch ſeine Ableitung aus der moraliſchen Gerechtigkeit wieder problematiſch gemacht wird. Freilich benützt R. jene Deduktion, um ſofort die herkömmlichen Strafzwecke der Nutzungstheorieen zu rechtfertigen, wie er denn auch (S. 281) ſogar auf die Feuerbachiſche Argumentation aus der Leerheit der bloßen Androhung auf die Nothwendig ihrer Vollziehung rekurrirt. Offenbar aber wird dadurch keine wahre Vermittlung [2]) des Strafprincips mit den Strafzwecken, ſondern nur eine dualiſtiſche Vereinigung zweier verſchiedenen Principien eingeleitet, ſo ſinnreich auch R. dieſen Dualismus dadurch zu verſtecken weiß, daß er die Gerechtigkeit, die er nicht als konſtitutives Princip für die Strafzwecke zu erweiſen vermag, wenigſtens zu ihrem regulativen macht. Offenbar bleiben ſie doch von außen her aufgenommen, und die bloße Hinweiſung auf die menſchliche Unvollkommenheit [3]) genügt nicht zum Beweiſe, daß die ſociale Gerechtigkeit einen beſchränkteren Zweck habe, als die moraliſche, ſo wenig als die Unvollkommenheit der Beweismittel und der Strafmittel eine Beſchränkung der Forderung des gerechten Maßes zu rechtfertigen vermag [4]). R. verſichert zwar, daß dieſe bloß quantitative Beſchränkung der weſentlichen Identität der ſocialen und der moraliſchen Gerechtigkeit keinen Eintrag thue; aber dieſe Verſicherung wird durch die Dialektik der Sache widerlegt, indem die Ausführung ſelbſt [5]) den logiſchen Grundſatz bewährt, daß die quan-

1) I. S. 274—280.
2) I. S. 121.
3) I. S. 282—288.
4) I. S. 294.
5) I. S. 289—306.

titative Differenz an einem beſtimmten Punkt nothwendig zur qualitativen umſchlägt, d. h. daß das Roſſi'ſche Gerechtigkeitsprincip von den nebenher zugelaſſenen Strafzwecken als Princip entnervt und in Widerſpruch mit ſich ſelbſt gebracht wird. — Der Grund aber, warum Roſſi das Nutzensprincip nicht wahrhaft zu bezwingen vermag, liegt offenbar darin, daß er die nothwendige Einheit des ſittlichen Geiſtes von vorn herein nur als eine abſtrakte auffaßt, und, ſtatt ihren weſentlichen Unterſchied in den Formen ſubjektiver und objektiver Sittlichkeit als einen dieſſeits exiſtirenden zu erkennen, vielmehr die moraliſche Ordnung zu einer jenſeitigen und die ſociale zu deren mangelhaftem Abbilde im Dieſſeits macht, wodurch denn die Nothwendigkeit entſteht, eben aus dieſer behaupteten Mangelhaftigkeit Beſchränkungen der abſoluten Gerechtigkeit nach von ihr unabhängigen, äußerlich aufgenommenen Zwecken und ſonſtigen Modalitäten abzuleiten, bei denen ſie letztlich zur leeren Formel herabſinkt und als Princip völlig illuſoriſch wird. — Geht aber aus der Theorie von Roſſi (da er zwar die Beſſerung als Strafzweck gleichfalls aufführt, aber ohne dieſer relativ ſelbſtändige Geltung bei Beſtimmung des Strafmaßes und der Strafarten einzuräumen) letztlich eine Präventionstheorie hervor, die ungefähr mit der Grolman'ſchen zu vergleichen iſt, ſo findet die Einſeitigkeit dieſes Sicherungszwecks ihre Ergänzung in dem von Lukas [1]) einſeitig durchgeführten Beſſerungszwecke. Lukas ſtellt ſich gleichfalls der Nutzenstheorie entgegen, und will aus dem Princip der Gerechtigkeit argumentiren. Aber freilich fehlt ihm ganz die dialektiſche Kraft Roſſi's, daher das Umſchlagen der inten-

---

2) Du Système pénal.

dirten Gerechtigkeitstheorie in eine rein relative bei ihm viel offener zu Tage liegt. Sein Syſtem zeigt eine, zwar intereſſante, aber unphiloſophiſche Miſchung von Gedanken, die theilweiſe ganz verſchiedenen Grundanſichten angehören. Einerſeits geht er aus von der Idee eines abſoluten, ſubſtantiellen Seins, das in allen Exiſtenzen das ewig Eine ſei, aber in der Welt der freien Perſönlichkeit auf eine andre Weiſe hervortrete, als in der Welt der unperſönlichen Natur. Er betrachtet die vernünftige freie Perſönlichkeit als die ſelbſtbewußte Exiſtenz jenes ewigen Seins, darum auch als die Herrſcherin über die Natur und als die Quelle des Rechts, das gar nichts Andres ſei, als der Ausdruck der Subſtantialität (Unverletzlichkeit) der Perſönlichkeit, wie ſie auf gleiche Weiſe jedem Einzelweſen zukomme, dem die Perſönlichkeit inhärire. Ja, er behauptet, daß die freien Perſonen nothwendig in der Geſellſchaft leben müſſen, und daß der Staat (in abstracto) die nothwendige Form der geſellſchaftlichen Exiſtenz ſei. Statt nun aber eben deshalb den Staat ſelbſt als ſubſtantielles Ganzes und Selbſtzweck zu erkennen, in welchem das zunächſt nur negative Recht der Perſönlichkeit in eine neue Phaſe tritt und poſitives organiſches Leben erhält, — bleibt er auf halbem Wege ſtehen und fällt nun andrerſeits auf den Standpunkt Rouſſeau's zurück, indem er den Begriff des abſtrakten (negativen) Rechts als das ganze Recht (im Gegenſatze gegen die Moralität) fixirt und den Staat in concreto auf das Vertragsprincip gründet, daher in ihm auch nichts weiter erkennen will, als die zum Schutz der Perſönlichkeit und der aus ihr fließenden negativen Rechte zuſammengetragene Geſammtkraft [1]). — Dieſelbe ſpekulative Halbheit ſpricht er in

1) A. a. O. (in der Ueberſetzung von Samhaber) S. 69—170.

Beziehung auf das Strafrecht insbeſondere offen aus. Er erkennt die Idee der Gerechtigkeit als eine ewige und nothwendige an und giebt zu, daß die Wiedervergeltung ein an ſich wohl zu rechtfertigender Verſuch geweſen ſei, dieſe Idee im Strafrechte des Staates auszuſprechen. Allein, da er jene Idee einzig als eine moraliſche faßt, da er gar keine Vorſtellung von dem wahren Sinn derſelben (der Manifeſtation des Unſittlichen als des in ſich Nichtigen) hat, und eben deshalb in der Wiedervergeltung nur die Vergeltung des Böſen mit Böſem ſieht, zwiſchen dem moraliſch und dem rechtlich Böſen aber gar keinen Unterſchied macht, ſo iſt es freilich begreiflich, wenn er dem Staat — und beſonders ſeinem Staat — die Möglichkeit einer adäquaten Durchführung jener reinmoraliſchen Idee abſpricht, wenn er die kraſſe Vorſtellung vorbringt, als müſſe die Wiedervergeltung Talion ſeyn (ob er gleich ſelbſt an das germaniſche Kompoſitionsſyſtem erinnert), und als ſtelle ſich dabei die Strafe nur als ein Abbild des Verbrechens, mithin ſelbſt als Verbrechen dar, wenn er endlich gar auf die Gottesurtheile ſich beruft [1]). Er kann nun allerdings nicht anders, er muß auf ein Präventionsſyſtem kommen. Gerade hier wird aber ſeine Schrift ſehr intereſſant, indem ſie ſehr deutlich den Uebergang von Feuerbach zu Grolman und Fichte nachbildet [2]), und zugleich die Lehre der Geſchichte beleuchtet, daß ſteigende Kultur und Verſtärkung der Macht des Staats ſtets von ſelbſt den Uebergang vom Abſchreckungs- zum Beſſerungsſyſtem mit ſich führt (§. 181 Anm.). Insbeſondere ſpricht ſich ſeine tiefe Achtung

---

1) A. a. O. S. 171—209.
2) A. a. O. S. 215—407.

für die Idee der Perſönlichkeit auf's Schönſte aus, und es iſt ſehr richtig, wenn er bemerkt, von einer Wiederherſtellung der moraliſchen Ordnung könne nicht die Rede ſeyn, wenn in der Strafe die Idee der Perſönlichkeit ſelbſt mit Füßen getreten werde. — Wie Roſſi und Lukas, ſo geht auch Lerminier [1]) von der Weltanſchauung Couſins aus, wornach die abſolute Subſtanz in der Welt der Natur und der Freiheit ſich als die Einheit des weſenhaften Seins zur Erſcheinung bringt, das Eine Gute, das Poſitive in Allem ausmacht und in der Form der phyſiſchen und der moraliſchen Ordnung ſich offenbart [2]). Die moraliſche Ordnung, um ſich zu verwirklichen, fordert die Freiheit des Menſchen und deren Vermittlung mit der ſittlichen Nothwendigkeit [3]). Die Freiheit fordert die Perſönlichkeit, und dieſe, da ſie nothwendig Vielheit iſt, wird die Quelle des abſtrakten (negativen) Rechts. Zugleich iſt aber der Menſch ein ſociales Weſen, und der Staat daher eine nothwendige Form für die Entwicklung der Gattung [4]). Hier geht Lerminier noch weiter, als Lukas, indem er auch den konkreten Staat als eine ſtetige Entwicklung Gottes, als des Weſens des Geſetzes auffaßt [5]). Um ſo mehr muß es auffallen, daß er, nachdem er überdies noch einen Anlauf zur Metaphyſik des Böſen genommen hat (wo er freilich meint, daß die Philoſophie noch nicht über Kant hinausgekommen ſei), gleichfalls eine Strafgerechtigkeitstheorie vorbringt, die ihr Princip ſelbſt ganz offen in ein Aggregat von

1) Philosophie du droit.
2) Lukas S. 217—220.
3) Lerminier I. S. 30—42.
4) Ebend. S. 43—47. 71 ff.
5) Ebend. S. 76.

Strafzwecken ſich aufheben läßt [1]), ein Effekt, der freilich bei der durchgängigen Oberflächlichkeit der Ausführung wohl erklärlich iſt. — Jedoch, auch abgeſehen von dieſem Herabſinken der gedachten Gerechtigkeitsſyſteme zum Synkretismus nicht deducirter Strafzwecke, leiden ſie an dem Grundmangel des geſammten Couſin'ſchen Syſtems, der in ſeinem Eklekticismus beſteht, und der ihnen eben den Rückfall aus der idealiſtiſchen Höhe in die gemeine Empirie erleichterte. So gewandt auch Couſin Momente des ſchottiſchen Senſualismus mit Kantiſchen Elementen und mit den großen Reſultaten des objektiven Idealismus zu verbinden weiß, ſo kann dieſe geiſtreiche Verbindung doch nicht vergeſſen machen, daß die franzöſiſche Philoſophie, ehe ſie in einem wahren Idealismus Ruhe finden kann, Phaſen durchlaufen muß, die nicht ungeſtraft überſprungen werden, und die von Couſin anticipirt ſind.

Auch in Italien wird mehrfach der Verſuch der Emancipation von der Philoſophie des vorigen Jahrhunderts gemacht, die insbeſondre im Strafrechte in Italien zum Theil ihre größten Triumphe gefeiert hatte (Beccaria, Filangieri, Romagnoſi). Auch hier findet ſich aber die neue Richtung nur erſt vereinzelt vor, während der herrſchende Geiſt noch an Romagnoſi oder Bentham [2]) feſthält. In Beziehung auf das Strafrecht insbeſondre hat das Syſtem von Roſſi

---

1) Ebend. S. 171—199. Vgl. Warnkönig in der krit. Zeitſchr. V. S. 1—28.

2) *Gioja* del merito e delle ricompense. *Raffaelli* nomotesia penale. *Demarco* Ragionamenti due sull' opera di Sg. Bexon. u. A. Vgl. Mittermaier in der krit. Zeitſchr. XIV. S. 406—408. XV. S. 300 ff., beſonders auch wieder *Giuliani* Istituzioni di diritto crim.

auch in ſeinem Vaterlande lebhafte Erörterungen über das Strafprincip auf's Neue hervorgerufen. Allein jener Emancipationsverſuch hat wohl tiefere und breitere Wurzeln, und es iſt auf eine Rekonſtruktion, wenn nicht der geſammten, doch der ganzen praktiſchen, Philoſophie abgeſehen. Zwar iſt nun die große Revolution in der deutſchen Philoſophie auch in Italien nicht unbeachtet geblieben. Aber in ihrer vollen Bedeutung begriffen und fruchtbar gemacht worden iſt ſie nicht (ſo ſpricht z. B. Poli [1]) von der philoſophiſchen und der geſchichtlichen Rechtsſchule, als den in Deutſchland blühenden, theilt erſtere wieder in eine philoſophiſch-exegetiſche (wohin er rechnet „Schroder, Haſſe, Zimmern, Schuſter und die öſtreichiſche Zeitſchrift") und eine philoſophiſch-transcendentale, welche ihrerſeits wieder getheilt wird in die ältere (Kant) und die neuere (Thibaut und Hegel), deren Tendenz ſeyn ſoll, Ein univerſelles, abſolutes Recht für alle Zeiten und Räume, als unmittelbar praktiſches Recht, zu erfinden!). — Insbeſondre ſcheint das Weſen des Kantiſchen Kriticismus unverſtanden geblieben zu ſeyn, da ſelbſt die tiefern Geiſter kein Arg daran haben, auf dieſelbe Weiſe, wie Puffendorf [2]) und die übrigen deutſchen Vorgänger von Kant, Empirie und Philoſophie zu verbinden. Zwar finden ſich nun Erſcheinungen, denen man das Studium der Kantiſchen Rechtslehre insbeſondre wohl anſieht, ja ſogar ſolche, welche auf die Höhe des objektiven Idealismus [3]) ſich zu erheben ſuchen. Aber ſie bleiben eklektiſch, da ihnen wenigſtens das deutliche Bewußtſein des Grundproblems aller neueren Phi-

1) Saggi di scienza politico-legale. I. S. 44. 45. not. 3.
2) Derſelbe iſt noch i. J. 1841 neu herausgegeben und erklärt worden.
3) Trinchera hat Ahrens überſetzt. Mancini ſpricht von Stahl ꝛc.

loſophie, d. h. der Löſung des Gegenſatzes zwiſchen Seyn und Denken fehlt. Ganz und gar auf dem vorkantiſchen Standpunkte ſteht Carmignani [1]) (ſ. o.), den das richtige Bewußtſein leitet, daß der Geiſt nicht bloß eine Modifikation der Natur ſei, daher er zwar noch, wie Romagnoſi, den Realgrund der geſellſchaftlichen Entwicklung in die Natur legt, dagegen die Vernunft zum regulirenden Princip macht. Dem nüchtern verſtändigen Denker erſcheint der durchgeführte Idealismus als Phantaſie und Poeſie; da er den Geiſt nur in der Form der Endlichkeit erkennt, hat er keine Ahnung davon, daß die Natur auch wohl eine Modifikation des Geiſtes ſeyn könne, und ſo bleibt er bei dem aufrichtig erklärten Dualismus ſtehen, der jedenfalls methodiſcher iſt, als der unkritiſche Eklekticismus Andrer unter ſeinen Landsleuten. In gewiſſem Sinne könnte man nun den Kantiſchen Fortſchritt bei Baroli [2]) wiederfinden wollen, ſofern wenigſtens ſeine ganze Deduktion des Rechtsbegriffs auf's Unmittelbarſte an die metaphyſiſchen Anfangsgründe der Rechtslehre erinnert, ſeine Begründung des Strafrechts insbeſondre aber die offenbare Tendenz zeigt, den kategoriſchen Imperativ Kant's mit der konſequenten Weiterbildung des Syſtems durch Feuerbach zu vermitteln [3]). Es iſt zwar mehr als zweifelhaft, ob dieſer Fortſchritt auch wirklich aus dem umfaſſenden Bewußtſein über die Rechte der Philoſophie im Ganzen, aus dem Fokus der Kantiſchen Vernunftkritik hervorgegangen, und noch mehr, ob er in dieſer Bedeutung von Andern gewürdigt worden ſei. Indeſſen liegt darin

---

1) Teoria I. S. 37—96. Vgl. Prodromo d'un insegnamento della filos. del diritto.

2) *Baroli* diritto naturale. I. S. 63 ff.

3) Ebend. IV. S. 120 ff.

jedenfalls die methodiſche Entwicklung des bei Carmignani nur regulativ auftretenden rationellen Princips zum konſtitutiven, obgleich der entſchiedene Durchbruch zum ſubjektiven Idealismus nicht gewagt, vielmehr die Wirklichkeit noch in der zweideutigen Stellung, die ihr Kant giebt, belaſſen, und das Vernunftgeſetz nur unter der Kategorie des Sollens aufgefaßt wird. In der gleichen Sphäre bewegen ſich die Aufſätze von Bon-Compagni [1]), der ſogar noch den weiteren Anlauf nimmt, auch die geſchichtliche Entwicklung des Rechts aus der Entwicklung der Volksvernunft zu deduciren (wobei er die geſchichtliche Schule der Deutſchen einer treffenden Kritik unterwirft), nothwendig aber an der beſchränkten Auffaſſung der Vernunft als ſubjektiv endlicher, worüber er zuletzt doch nicht hinauskommt, ſcheitern muß. Aehnlich verhält es ſich mit Poli (ſ. o.), der zwar auf den erſten Anſchein den Standpunkt von Carmignani zu behaupten ſcheint, offenbar aber mit der Behauptung, daß die rationaliſtiſche Methode durch die experimentale ergänzt werden müſſe, ein viel tieferes Bedürfniß ausdrücken will, deſſen Erfüllung ihm bei einem genaueren Studium der modernen deutſchen Philoſophie aufgehen müßte, während er der irrigen Meinung iſt, daß dieſe noch heute reiner ſubjektiver Idealismus ſei [2]). Denn er erklärt als einzige Quelle des Rechts die Vernunft, er verwirft den Gegenſatz von Naturrecht und poſitivem Recht, er ſetzt das letztere zu einer bloßen Beſonderung des Einen, allgemeinen Rechts in Raum und Zeit herab, er dringt auf die Einheit der ſittlichen Idee, ohne darum den Unterſchied zwiſchen

1) In den annali di giurisprudenza. 1840.

2) Freilich weiß er von Hegel nur durch Lerminier; aber auch ſo bleiben ſeine Mißverſtändniſſe faſt unbegreiflich.

Recht und Moral zu verkennen, er hat den richtigen Begriff, daß die Freiheit erſt in der Rechtsordnung wirklich werde, daß der Staat eine Nothwendigkeit ſei, er ſieht in der Perſönlichkeit die Grundlage und Möglichkeit des Rechts; insbeſondre aber dringt er darauf, daß die Rechtsidee nicht bloß als regulirendes, ſondern als konſtitutives Princip erkannt werden müſſe. So liegt ihm denn der Uebergang zum objektiven Idealismus, wofür ſeine Berufung auf den in der Geſchichte manifeſtirten senso commune nur ein Nothbehelf iſt, keineswegs fern, und es fehlt ihm nur an der Erkenntniß des im endlichen Geiſte immanenten, und in Vernunft und Geſchichte nur ſich ſelbſt entwickelnden Geiſtes. Für das Strafrecht insbeſondre verwirft er alles Utilitätsprincip, und ſpricht aus [1]), daß es ganz auf dem Gedanken der abſoluten Nichtigkeit des Unrechts beruhe. Das gleiche Bedürfniß, Vernunft und Wirklichkeit in höherer Einheit vermittelt zu finden, bewegt aber auch andre italieniſche Philoſophen, und zeigt ſich bei ihnen, obgleich ſie, wie Poli, nicht zum vollen idealiſtiſchen Durchbruch kommen, offenbar tiefer, als bei der eklektiſchen franzöſiſchen Schule. In der That iſt auch der idealiſtiſche Theil von Couſins Philoſophie weit mehr der früheren, als der ſpäteren Geſtalt des objektiven Idealismus der deutſchen Philoſophie verwandt, wie er denn von jener auch die intellektuelle Anſchauung geborgt hat, und ſeinem Abſoluten zwar die abſolute Subſtantialität und Kauſalität beilegt, aber den Prozeß, wodurch es zum abſoluten Geiſte würde, unvollzogen läßt [2]). Ohne Zweifel hängt damit die Oberflächlichkeit

1) A. a. O. S. 29.

2) *Cousin* Cours de philosophie. 1828. Vgl. *Damiron* Essai sur l'histoire de la philos. S. 323 ff.

zuſammen, womit Lerminier den geſchichtlichen Progreß der Rechtsidee auffaßt, und nicht minder der entſchiedene Rückfall in das Princip der ſchottiſchen Moralphiloſophie, der ſich bei Th. Jouffroy findet. Im Gegenſatz hiezu zeigt ſich bei den Italienern ein viel tieferes Gefühl der Nothwendigkeit, die geſchichtliche Wirklichkeit als wirkliche Manifeſtation der Idee zu begreifen. Die Franzoſen ſtehen dem ſubjektiven [1]), die Italiener dem objektiven Idealismus näher. Nur freilich gelingt es dieſen nicht, den Sprung, den ſie Roſſi zum Vorwurf machen, anderweitig zu vermitteln, und ſie bleiben gleichfalls eklektiſch. Gleichwohl iſt der Unterſchied ſehr fühlbar. Während nämlich der franzöſiſche Eklekticismus, deſſen Methode direkt auf die Ichphiloſophie hinweist, dann aber ohne Berechtigung in das Identitätsſyſtem überſpringt, ohne den Scheidungsproceß zwiſchen Natur und Geiſt zu erreichen, eben dieſer ſeiner paſſiven Myſtik halber die Nation nicht zu befriedigen ſcheint, vielmehr theils ſeine eigenen Anhänger ſich entweder dem ſubjektiven Idealismus principiell zuwenden, oder einen geſchichtlichen Progreß der Idee behaupten, der eben darauf hinausläuft, theils die herrſchende Philoſophie in ihrem Drange nach der ſocialen Reform gerade in den ſubjektiven Idealismus hineinſtrebt und dadurch den Materialismus zu bewältigen ſucht, — während mithin die franzöſiſche Philoſophie im Ganzen darauf aus iſt, die Idee des freien Ich zu erringen und ſeinen Idealen die Realität dienſtbar zu machen, ſo findet ſich gerade dieſer aktive Drang, dieſer praktiſche Durſt des Sollens bei den Italienern weniger, vielmehr

1) Vgl. den ganz kantiſchen Catéchisme du droit naturel von *H. Jouffroy*. 1841.

rekurriren ſie auf ihren Landsmann Viko und zeigen einen vorherrſchend theoretiſchen Trieb. Sie ahnen den Gott in der Wirklichkeit, mit dem ſie die Vernunft verſöhnen möchten; die Wirklichkeit iſt ihnen nicht das Schlechte, erſt zu Idealiſirende; ſie möchten gerade das erringen, was der franzöſiſche Eklekticismus anticipirt, aber der herrſchende Geiſt wieder hat fallen laſſen; ihnen iſt es um das Identitätsſyſtem zu thun, um die Beſtätigung der ſubjektiven Vernunft durch die objektive. So wenig nun aber Poli dieſes Bedürfniß auf dem rechten Wege zu befriedigen weiß, ſo wenig gelingt dies dem Grafen Mamiani [1]), der zu ſeinem Princip, daß das abſolut Gute wirklich objektiv exiſtire, auf eine Weiſe gelangt, die in ein ganzes Neſt von unſpekulativen Vorausſetzungen blicken läßt, und am eheſten noch mit der Jakobiſchen Glaubensphiloſophie in Verwandtſchaft ſteht, weshalb auch der Tadel Roſſi's von ſeiner Seite als ganz unbegründet erſcheint. Denn der senso commune des Letzteren hat jedenfalls ſo viel Recht und Unrecht, als die verſchiedenen Arten von Glauben (an ein höchſtes Weſen, höchſtes Gut, Werth der Tugend, Perfektibilität ꝛc.), wovon der Erſtere ausgeht. Dieſer willkührliche Anfang zeigt denn auch ſeine unausbleiblichen Folgen in der Willkührlichkeit des Syſtems ſelbſt. Während nämlich auf dem einmal eingenommenen Standpunkte keine weitere Berechtigung vorlag, als eine unendliche Annäherung zu dem abſolut Guten, und zu dieſem Behufe ein Moralgeſetz und als Grundlage dafür die Freiheit des Menſchen zu ſtatuiren, mithin die Religion erſt aus der Moral hervorgehen zu laſſen und aller Unterſchiebungen objektiver Wirklichkeiten unter die

1) Intorno alla filos. del diritto. S. 15—17.

überſinnlichen Begriffe ſich zu enthalten, ſo nimmt im Gegentheil Mamiani gar keinen Anſtand, die Exiſtenz des abſolut Guten unmittelbar als Realprincip zu behandeln, die endliche Welt als gegeben anzunehmen, und ſofort die Exiſtenz jenes abſolut Guten in dieſer Welt zu behaupten. Die ganze ſpekulative Rechtfertigung dieſer Objektivität läuft, da der Verfaſſer an den ontologiſchen Beweiſen für das Daſein des höchſten Weſens ſelbſt Skrupel hat, auf einen ſogenannten naturphiloſophiſchen Satz, nämlich darauf hinaus, daß die Natur nicht täuſchen wolle und könne, daß alſo aller ſpontane, univerſelle Glaube der Menſchen innerlichſt und unmittelbar Zeugniß objektiver Wahrheit ſei, d. h. mit andern Worten: der Verfaſſer verzichtet auf die Spekulation, poſtulirt, was zu beweiſen wäre, und behauptet nun von ſeinem Abſolutguten, was ihm beliebt (er geſteht zwar, daß die weitere Anwendung jenes oberſten Begriffs zunächſt nur hypothetiſche Wahrheiten ergebe, aber dieſe hypothetiſchen Wahrheiten verwandeln ſich in lauter Realität, die ihnen aus dem oberſten Begriffe zufließe). Dieſe Behauptungen ſind nun allerdings großentheils tiefe Wahrheiten, nur leider ohne Beweis; und eben darum miſchen ſich auch viele Irrthümer mit ein. Das abſolut Gute hat dem Verfaſſer ſeine Exiſtenz als Ordnung im (phyſiſchen und geiſtigen) Univerſum und macht deſſen Urſache aus, indem es den endlichen Dingen ſein Weſen mittheilt, ohne es darin zu erſchöpfen; die Anordnung nämlich, wornach das Endliche als Mittel für das unendlich Gute zur größtmöglichen Theilnahme an dieſem berufen iſt, bildet die moraliſche Weltordnung. Was dieſer entſpricht, iſt gut, was ihr nicht entſpricht, bös. Im Weſen der moraliſchen Ordnung liegt es aber, daß das Gute Gutes, das Böſe Böſes fordert.

Giebt es nun intelligente freie Weſen, ſo haben ſie die ſtete Pflicht, Gutes zu thun, d. h. die moraliſche Ordnung zu befolgen; thun ſie das Gegentheil, ſo muß auf das Böſe Böſes erfolgen. Hierin liegt die richtige Einſicht in die unendliche Einheit der ſittlichen Subſtanz; aber zur Idee ihrer Immanenz vermag ſich der Verfaſſer nicht aufzuſchwingen, obgleich er es verſucht; vielmehr bleibt ihm das Unendliche und Endliche außer einander, und nur durch den Kauſalitätsbegriff verknüpft. Während aber hiedurch das endliche Ich nicht einmal als Accidenz der Subſtanz des göttlichen geſetzt, ſondern außerhalb deſſelben geſtellt und auf die unendliche Annäherung mittelſt der Erfüllung des ſittlichen Geſetzes angewieſen wird, ſo wird andrerſeits eine wahre Immanenz des abſolut Guten in allen objektiv-ſittlichen Geſetzen und Einrichtungen behauptet, insbeſondre alſo der Staat als unmittelbare Exiſtenz der moraliſchen Ordnung ſelbſt geſetzt, daher auch mit dem göttlichen Rechte bewidmet, dem gegenüber für den Menſchen nur die Pflicht übrig bleibt, während er ein Recht nur mittelbar haben kann, d. h. ſofern er im Namen des Geſetzes irgend etwas fordern darf [1]). Daß es nun leicht iſt, aus ſolchen Prämiſſen eine abſolute Strafrechtstheorie zu konſtruiren, liegt am Tage. Das Wahre daran iſt denn auch die, darin nur ungeſchickt ausgedrückte, Nichtigkeit des Unſittlichen in ſich, welche ſchlechthin ſeine Wiederaufhebung fordert. Daß aber nach dem Vorhergehenden aller Unterſchied zwiſchen ſubjektiver und objektiver Sittlichkeit aufgehoben, mithin die ſpecifiſche Weſenheit der Begriffe von Recht, Verbrechen und Strafe gänzlich verkannt iſt, braucht keiner Auseinanderſetzung.

---

1) A. a. O. S. 19—26.

Gerade die Hauptprobleme, welche Handlungen als Verbrechen anzuſehen, wie moraliſche und phyſiſche Uebel in Gleichung zu bringen ſeien ꝛc., ſind daher auch auf die willkührlichſte, und theilweiſe oberflächlichſte Weiſe gelöst [1]. — So ſehr nun der Verfaſſer gegen den Vorwurf des Eklekticismus proteſtirt, ſo trifft er ihn doch offenbar mit Recht. Sein ganzes Syſtem ſtrebt, objektiver Idealismus zu werden, die unendliche Einheit und Immanenz der ſittlichen Subſtanz zu begreifen; aber dies bringt er nur halb zu Stande, da er in Beziehung auf das Verhältniß des Abſoluten zum endlichen Ich vom Standpunkte der Tranſcendenz nicht loskommen kann, daher hier doch wieder den Progreß in's Unendliche, den quantitativen Unterſchied, die Trennung von Jenſeits und Dieſſeits anbringt, und ſomit zum Princip des Ganzen nicht den Begriff der Subſtantialität, ſondern den der Kauſalität macht, wodurch alle in der erſteren Richtung ausgeſprochenen tiefen und wahren Gedanken wieder in Widerſpruch mit ſich ſelbſt kommen. — Dieſe Verwirrung wirft denn auch Mancini [2]) ſeinem befreundeten Gegner mit Recht vor, nur daß er freilich ganz als Reflexionsphiloſoph argumentirt, dem gerade der ſpekulative Drang Mamiani's, die unendliche Einheit des abſoluten ſittlichen Geiſtes zu begreifen, ein Unbegreifliches bleibt. Er ſelbſt hat zwar an Kant Allerlei auszuſetzen, will namentlich die Idee Gottes der Moral zur Quelle geben, ſtatt ſie erſt daraus abzuleiten, und damit ein Realprincip für die Ethik erlangen; allein, hievon abgeſehen, argumentirt er weſentlich vom

1) A. a. O. S. 27—48. Der Verf. hilft ſich mit den Kategorieen der Möglichkeit und der Konvenienz, und mit dem Satz, daß man von zweien Uebeln das geringere wählen müſſe.

2) A. a. O. S. 57—129.

Kantiſchen Standpunkte aus, indem er insbeſondre auf die Unterſcheidung von Moral und Recht dringt und die Rechtsſphäre als die des Menſchen der Erſcheinung beſtimmt, der mithin darin als ein aus Vernunft und Sinnlichkeit gemiſchtes Weſen genommen und folgeweiſe nicht unter das reine Moralgeſetz, ſondern nur unter ein Geſetz geſtellt werden könne, das dem Weſen ſeiner Perſönlichkeit adäquat, mithin eben ſowohl auf ſein Wohl, als auf das abſtrakte Recht berechnet ſei. Dabei ſcheint er denn freilich zu überſehen, daß er (was er läugnet [1]) die Vernunft um ihre Autonomie bringt und auf den Leibnitz-Wolffiſchen Standpunkt zurückfällt, während er über Kant hinauszuſchreiten meint. Er zeigt geſchickt, daß die Identifikation von Moral und Recht nichts tauge, daß das Gute, und eben darum auch die Pflicht, keine Grade habe, daher vom Recht und Verbrechen weſentlich verſchieden ſeyn müſſen, daß das poſitive Rechtsgeſetz nicht unmittelbar mit dem abſoluten Sittengeſetze identificirt werden dürfe [2]), daß die Behauptung, das Recht inhärire weſentlich nur Gott, die Pflicht dem Menſchen, und dieſer habe nur Rechte durch Mittheilung von Seiten Gottes, eine ſehr gefährliche und ſowohl den Begriff der Moral als des Rechts aufhebende ſei, daß eben darum auch das Strafrecht nicht auf die Idee der moraliſchen Gerechtigkeit gegründet werden könne. Eben hier weist Mancini treffend die oben angeführte Willführlichkeit nach, womit ſein Gegner die Handhabung des Strafrechts durch den Staat, die Gleichung zwiſchen moraliſchen und phyſiſchen Uebeln, die Beſchränkung des Strafrechts auf wirkliche Ver-

1) A. a. O. S. 63.

2) Gerade hier überſieht freilich Mancini die tiefere Wahrheit, die gleichwohl in des Gegners Sätzen liegt.

brechen, der Aufſtellung eines brauchbaren Maßſtabs für die Strafbarkeit zu rechtfertigen ſucht. Nur freilich ſchüttet er das Kind mit dem Bade aus, indem er mit dem Princip der moraliſchen Gerechtigkeit auch zugleich das der rechtlichen, d. h. das allein ſo zu nennende Gerechtigkeitsprincip als unhaltbar aufgezeigt zu haben ſich einbildet. Das Reſultat iſt endlich, daß beide Schriftſteller zu ſynkretiſtiſchen Straftheorieen kommen, Mancini ausgeſprochener Maßen, Mamiani, ohne es Wort haben zu wollen, aber darum doch nicht minder, und aus keinem andern Grunde, als es bei Roſſi der Fall iſt. — Der tiefſinnigſte unter den neueren Philoſophen Italiens, freilich auch der wunderlichſte, iſt ohne Zweifel der Abbate Rosmini [1]) (in Roveredo), der an ſpekulativer Kraft alle bisher Genannten überbietet, ebenſo aber wieder unphiloſophiſcher iſt, als ſie Alle, da er den abſoluten Geiſt unbedenklich unmittelbar mit dem Gott der chriſtlichen Offenbarung, ja noch näher mit dem Gott des Katholicismus identificirt, — und zwar auf eine ſo auffallende Weiſe, daß man ſein Syſtem einen materialiſirten Idealismus nennen kann. Empiriſche Vorausſetzungen giebt es für ihn nicht, die gedachte Eine ausgenommen, die er ſpekulativ konſtruirt zu haben meint. Er kennt kein Seyn, als das der Idee, welches in der menſchlichen Intelligenz zum Bewußtſein wird. Dieſe Immanenz des Seyns ſchließt ihm aber die menſchliche Freiheit nicht aus, da die Intelligenz zwar der Potenz nach nothwendig beſtimmt, dagegen die aktive Reflexion und der daraus hervorgehende Wille frei ſind. Die Sittlichkeit beſteht ihm

1) S. über ihn den neulich erſchienenen Artikel von Ferrari in der Revue des deux mondes.

ſodann in der theoretiſchen und praktiſchen Anerkenntniß jener immanenten Wahrheit, welche eine That der Freiheit ſeyn muß, das Böſe daher in der freiwilligen Losreißung aus der Einheit des ſubſtantiellen Seyns, die mithin nicht bloße Beſtimmtheit des Willens, ſondern zugleich der Intelligenz, d. h. des ganzen Geiſtes iſt, und wodurch die Perſon ſich ſelbſt ihrer Würde, ihrer Theilnahme am Seyn, beraubt. Umgekehrt iſt das ſittlich Gute (d. h. die freie Erkenntniß und Bethätigung des immanenten Seyns) der Punkt, wo das ſubjektiv Gute mit dem objektiv Guten eins wird, die Perſon an dem ewigen Seyn ſelbſt Theil nimmt und mit ihm ſich erfüllt [1]). — Nach ſolchen Prämiſſen verſteht es ſich von ſelbſt, daß in einem ſolchen Syſteme Recht und Moral nicht auseinander fallen können. Vielmehr erklärt Rosmini das Recht für die Vermittlung der Moral mit der Eudämonologie, und definirt es als eine durch das Sittengeſetz geſchützte Macht der Perſon, für ihr Wohl thätig zu ſeyn, ohne von Andern daran gehindert werden zu dürfen. Damit iſt nun freilich das Recht nur nach der ſubjektiven Seite ausgeſprochen, wie denn auch der Begriff der Perſönlichkeit der höchſte in dem Syſteme bleibt. Daß der Verfaſſer Recht und Staat als das Syſtem der objektiven Sittlichkeit auffaſſen werde, war nicht zu erwarten, da er damit dem Primat der Kirche präjudicirt haben würde. Daher kommt es wohl auch, daß er den Staat nicht als Selbſtzweck, ſondern nur als Mittel für die Realiſirung des perſönlichen Rechts und Wohls gelten läßt [2]).

---

1) Filosofia del diritto S. 61—81. Vgl. N. Saggio intorno l'origine delle Idee. — Principi della Scienza Morale. — Storia compar. dei sistemi morali. — Antropologia.

2) La Società ed il suo fine und Fil. del dir. S. 664—670. Mit

Immerhin aber hat er die richtige Einſicht, daß der Formalismus des Kantiſchen Rechtsbegriffs nicht genügen könne, den er daher mit dem Momente des eudämonologiſchen Wohls ausfüllt. Ebenſo widerſtrebt ihm die Fichtiſche Konſequenz des ſubjektiven Idealismus, und noch viel mehr die materialiſtiſche Konſtruktion des Rechts von Romagnoſi, Bentham ꝛc. Daß er aber gleichwohl darauf beſteht, das Recht nur als das Sittlich-erlaubte aufzufaſſen, dem die Funktion des Zwangs inhärire, dagegen die Anerkennung deſſelben als einer dem ſubjektiv Sittlichen koordinirten objektiv ſittlichen Nothwendigkeit, die ihre eigene Daſeinsſphäre haben muß, gefliſſentlich umgeht, das gehört mit zu den unumgänglichen Widerſprüchen, wozu ihn ſein religiöſer Empirismus nöthigt, und welche zu beſeitigen er vergebens die ganze Kraft ſeines Scharfſinns aufbietet. Gerade ſeine Grundlegung des Strafrechts iſt es nun insbeſondere, bei welcher dieſe Irrationalität auf eine merkwürdige Weiſe hervortritt. Er verwirft die Theorieen der Utilitarier, insbeſondre die Romagnoſiſche Konſtruktion des Strafrechts als Vertheidigungsrechts; er proklamirt das Princip der Gerechtigkeit, — und gleichwohl endet er eben da, wo Roſſi endet, nur mit dem Unterſchiede, daß er gerade heraus ſagt, was dieſer verſchweigt oder wenigſtens hinter unbeſtimmten Formeln verhüllt. — Er geht [1]) aus von dem Grundſatz, daß jedes Recht als ſolches unverletzlich ſei, weil es (ſei es Recht einer individuellen oder der Kollektivperſon des Staates) ein integrirendes Moment der Perſönlichkeit und ihres durch

beſtem Rechte und großer Kraft bekämpft übrigens Rosmini den Staatsabſolutismus, und vertheidigt den abſoluten Werth der Perſönlichkeit. S. 672—686.

1) Filos. del dir. S. 656—785.

daſs Sittengeſetz geſchützten Wohls bilde. Jede Verletzung rufe nun die der Potenz nach in jedem Rechte ruhende Macht des Zwanges zur Aktualität hervor, und dieſer Zwang äußere ſich auf eine doppelte Weiſe, nämlich als Vertheidigung (reſp. Prävention) gegen die noch bevorſtehende, und als Entſchädigungszwang gegen die vollbrachte Rechtsverletzung. — Die Vertheidigung an ſich nun bedarf ihm keiner weiteren Rechtfertigung, die vielmehr in demſelben Sittengeſetze liegt, durch welches das zu vertheidigende Recht ſelbſt autoriſirt wird. Wohl aber bedarf es einer beſonderen Rechtfertigung für die Vertheidigung, ſofern ſie ſo weit gehen ſoll, einem Andern einen Schaden zuzufügen. Dieſe liegt aber in dem Grundgeſetze der Gerechtigkeit, wornach, wie das moraliſch und das eudämonologiſch Gute, ſo das moraliſche und eudämonologiſche Uebel in demſelben Subjekte ſich ausgleichen, d. h. jede freiwillige Urſache des Böſen die gerechte Strafe erleiden muß. Da nun jeder Angreifer eines fremden Rechts freiwillige Urſache theils des Böſen, das er ſelbſt begeht, theils des phyſiſchen Uebels des Angegriffenen iſt, ſo erleidet er den durch die nothwendige Vertheidigung des angegriffenen Rechts für ihn reſultirenden Schaden als gerechte Strafe [1]). — Ganz ähnlich verhält es ſich mit dem Recht der Entſchädigung. An ſich braucht es keiner weiteren Rechtfertigung; dieſe liegt vielmehr in dem Begriff des Rechts ſelbſt, als einer von dem Sittengeſetze beſchützten Thätigkeit, womit die Perſönlichkeit irgend ein Objekt ihres Wohls in der Identität mit ſich erhält; ſofern nämlich dieſe Thätigkeit das ihr entriſſene Objekt wieder an ſich bringt, iſt ſie einfache Wiederherſtellung der ſittlichen Ordnung ſelbſt.

---

1) A. a. O. S. 696—698.

Dagegen braucht es wiederum einer beſonderen Rechtfertigung, ſofern mit dieſer Wiederherſtellung ein Schaden oder Schmerz für den Verletzer des Rechts verbunden ſeyn ſoll. Dieſe liegt aber, wie oben, in dem Grundgeſetze der Gerechtigkeit, wornach der freiwillig Unrechthandelnde Strafe verdient [1]. — Wenn gleich aber hiernach die Perſönlichkeit die gedachten beiden Rechte an ſich hat, und ſie ſelbſt in der Weiſe, daß dem ungerechten Angreifer Schaden zugefügt werden darf, beſitzt, ſo iſt doch das hier intervenirende Strafrecht kein Recht der Perſon, ſondern dieſes Recht macht nur die Ausübung der gedachten Rechte der Perſon in der gedachten Ausdehnung möglich. — Das Strafrecht kommt aber der Perſon — und, da der Staat nur Kollektivperſon iſt — auch dem Staate nicht zu aus folgendem Grunde. Nicht etwa, weil das Geſetz der Wiedervergeltung an ſich eine Ungerechtigkeit und Barbarei wäre [2], noch weil wegen der Gleichheit der Menſchen nicht einer über den andern urtheilen könnte, noch weil es etwa dem Einzelnen oder dem Staate nicht möglich wäre, juridiſche Gewißheit von der Exiſtenz des Verbrechens und der Schuld zu erlangen, noch weil je eine nach dem Geſetze der Talion verhängte Strafe für die wahre Schuld zu ſtreng ſeyn könnte, ſondern bloß deswegen, weil der Menſch das Strafrecht gerade aus dem Grunde nicht ausüben kann, aus welchem ſeine Ausübung allein der Idee der Gerechtigkeit entſpricht. Er könnte es nämlich an ſich aus vier Gründen ausüben: 1) aus lauterer Liebe zur Gerechtigkeit ſelbſt, 2) aus Liebe zu ſich ſelbſt, 3) aus Liebe zum verletzten Nächſten, 4) aus Liebe zu

1) A. a. O. S. 767. 768.

2) Solche Behauptungen nennt Rosmini ungeſalzenes Geſchwätz.

Gott, d. h. ſeine Ausübung kann von dem Menſchen als allgemeinem, oder von ihm als beſonderem Willen ausgehen. Natürlich iſt es nun dem Verfaſſer leicht, zu zeigen, daß das vom beſondern Willen (ad 2. 3) ausgehende Strafrecht nur Rache und ſomit der Gerechtigkeit nicht adäquat ſei. Allein er glaubt auch beweiſen zu können, daß vom Standpunkte der Perſönlichkeit und des Staats aus kein vom allgemeinen Willen ausgehendes Strafrecht möglich ſei. Er giebt zwar zu, daß in der menſchlichen Natur eine Neigung zur objektiven Gerechtigkeit liege, und daß es Fälle geben könne, in welchen der Menſch, mit voller Gewißheit über die Schuld, aus reinem Intereſſe an der Gerechtigkeit das Geſetz der Wiedervergeltung übe, — und in der That konnte Rosmini, bei ſeiner Anſicht über die Immanenz des Abſoluten, ohne ein ſolches Zugeſtändniß nicht wegkommen. Wenn man nun aber erwarten ſollte, daß er eben im Staate den allgemeinen Willen anerkennen werde, der ohne Trübung durch die Intereſſen des Einzelwillens, aus reiner Liebe zur Gerechtigkeit und ihrem göttlichen Weſen, die Reaktion gegen das Verbrechen übe, — ſo tritt nun eben hier der ſchneidende Widerſpruch, an dem die geſammte Weltanſchauung des Verfaſſers leidet, wieder auf die unverblümteſte Weiſe hervor. Er wird plötzlich wieder tranſcendent, — nicht um es zu bleiben, ſondern weil er den tranſcendenten Gott nothwendig hat, um die Kirche als ſeine ſpecifiſche Erſcheinung dem Staat auf den Nacken zu ſetzen. Eben deshalb iſt ihm denn der Staat nicht die allgemeine Perſönlichkeit, ſondern nur eine Kollektivperſon, eine Geſellſchaft, in welcher mithin dieſelben Mängel fortdauern, die an der einzelnen Perſönlichkeit ſich finden. Der Staat iſt nicht reiner allgemeiner Wille, kann nicht

Organ der Gerechtigkeit an und für ſich ſeyn. Denn der Staat iſt nur der multiplizirte Menſch, und durch den Sündenfall hat der Menſch jene Fähigkeit verſcherzt. Vielmehr ſagt die Schrift: „Mir gehört die Rache" ſpricht der Herr; — und das iſt auch für die Menſchen ſehr gut; denn, wollten ſie ihr Unrecht auf gerechte Weiſe ſtrafen, ſo müßte das ganze Geſchlecht ſich vertilgen, wogegen Gott neben der Gerechtigkeit die Barmherzigkeit ſelbſt iſt. — So deducirt, offen und unumwunden, Rosmini die bloße Relativität der menſchlichen Gerechtigkeit, ſowie die niedrige Stellung des Rechts und des Staats in der geſammten ſittlichen Ordnung überhaupt. Die irdiſche Gerechtigkeit hat es nicht mit dem Weſen im Unrecht, ſondern nur mit ſeiner äußern Erſcheinung als Schaden zu thun, gegen den ſie das Recht der Vertheidigung und der Entſchädigung ausüben kann, und ſolchenfalls auch als relatives Organ der Idee der Gerechtigkeit ſelbſt ausübt [1]). Eben hiemit ſtellt er ſich gleichwohl wieder den Theorieen von Romagnoſi und ähnlichen entſchieden gegenüber [2]), wie er denn auch durch geſchichtsphiloſophiſche Ausführungen ſeiner Anſicht die objektive Probe zu verſchaffen ſucht. Uebrigens beſondert ſich ihm das Vertheidigungsrecht näher zu vier Rechten: dem der einfachen Vertheidigung, dem der Prävention, dem der Repreſſion durch Strafdrohung, und dem der Garantie [3]); ebenſo das der Entſchädigung zu dem Rechte der Wiedererſtattung und der Vergütung. Mit der Ausübung eines jeden dieſer Rechte entſteht eine Superiorität über den, gegen den

---

1) A. a. O. S. 698—709. 761—766.
2) Ebend. S. 715. 716.
3) Ebend. S. 732—754.

es ausgeübt wird [1]). Da nun der Staat ſpecifiſch aus dem Rechte der Garantie entſteht, dieſe ſich aber auf eine dauernde Gefahr ſtützt, ſo bringt Rosmini auf dieſem Wege doch noch die Superiorität des Staats heraus, der nun insbeſondre in der Form der Prävention und Repreſſion des verbrecheriſchen Reizes durch Strafandrohung das Vertheidigungsrecht auszuüben, in Beziehung auf das Vergütungsrecht aber das Geſetz der Menſchlichkeit zu befolgen hat, welches gebietet, dem Verletzer ſo wenig als möglich Schaden zuzufügen, wie eben insbeſondre noch das Recht der Familie und der Kirche auf die erziehende Strafgerechtigkeit gegenüber der Strafgerechtigkeit des Staats vertheidigt wird [2]).

Dritter Abſchnitt.

Anwendung der Strafe auf das Verbrechen.

§. 208.

Indem ſich das Verbrechen als unendliche Negation deſſen, was den Grund des Staats ſelbſt ausmacht, die Strafe dagegen als die von Seiten des Staats zu vollziehende Wiederaufhebung dieſer Negation in der Totalität ihrer Momente aufgewieſen hat, ſo iſt damit von ſelbſt die Nothwendigkeit für den Staat ausgeſprochen; 1) die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen auf begriffsgemäße Weiſe zu realiſiren. Da jedoch die im Verbrechen liegende ſittliche Negation ihre Wiederaufhebung durch den Staat nur zu dem gedoppelten Zwecke verlangt, damit dem

1) Ebend. S. 784. 785.
2) Ebend. S. 771. n. 1.

im Geſetz objektivirten ſittlichen Geiſte genug gethan und in dem Willen des Verbrechers ſubjektiv das Unrecht getilgt werde, dieſer Zweck jedoch als ein vom Staate zu realiſirender hinwegfällt, wenn er auf andre Weiſe erreicht wird, ſo ergiebt ſich 2) die Nothwendigkeit für den Staat, ſich der Strafe zu enthalten und die Tilgung des Verbrechens in andrer Form anzuerkennen, wenn dieſe als ein Akt des Unendlichen für ſich im Tode des Verbrechers oder in der Verjährung eintritt. Dieſe Macht des Unendlichen tritt aber 3) auch innerhalb des Staats ſelbſt auf und realiſirt ſich hier als Einheit der beiden andern Formen, nämlich als Aufhebung des Verbrechens durch den in der Form der Subjektivität ſich bethätigenden unendlichen Willen, d. h. durch die vom Staatsoberhaupt ausgehende Gnade [1]).

I. Verhältniß der Strafe zum Verbrechen.

§. 209.

Die Strafe iſt die unmittelbare Wiederaufhebung der im Verbrechen liegenden ſittlichen Negation an dem endlichen Willen, der ſie geſetzt hat. Dieſelbe hat, nach dem bisher Ausgeführten, die Tilgung der verbrecheriſchen Schuld durch die Verwirklichung der objektiven Genugthuung zum Zweck, daher ihr Princip die Wiedervergeltung nach dem gerechten Maße ſeyn muß. Dieſes Prinzip in der Weiſe zu verwirklichen, daß auch die übrigen Strafzwecke in ihrer relativen Nothwendigkeit Anerkennung finden, mithin den Begriff der Strafe in ſeiner organiſchen Totalität zu realiſiren, iſt die Aufgabe des Staats. Da nun der Begriff des Verbrechens in qualitativer und quantitativer Beſtimmtheit zum Daſein gelangt, ſo muß auch die

1) Wirth, Ethik. II. S. 318. 319.

Strafe die gleiche Maßbeſtimmtheit erhalten. Dieſe Maßbeſtimmtheit iſt aber, wie jede endliche, eine doppelte, — nach Arten und Individuen. Wie nun der Begriff des Verbrechens ſich in beſtimmte Arten auseinanderlegt, dieſe Arten aber wieder relative Allgemeinheiten ſind, innerhalb deren erſt das konkrete Verbrechen als individuelle Einzelheit wirklich werden kann, ſo muß auch der Begriff der Strafe zu beſtimmten Arten ſich beſondern, und ſofort in der beſtimmten Art erſt für das konkrete Verbrechen die konkrete Strafe ermittelt werden. Handelt es ſich aber hier um weſentlich unterſchiedene Funktionen, ſo werden auch im Staate dieſe Funktionen an verſchiedene Gewalten ſich vertheilen müſſen, deren eine das Allgemeine an Verbrechen und Strafe, ihren Begriff und ihre Arten, als abſolute Norm zu ſetzen, die andre aber dieſe allgemeinen Normen an den konkreten Fällen durchzuführen hat. Es iſt mithin zunächſt a) durch die geſetzgebende Gewalt das Verhältniß zwiſchen Verbrechen und Strafe überhaupt und zwiſchen ihren Arten, ſowie die allgemeine Norm feſtzuſetzen, wornach innerhalb dieſer ſich entſprechenden Beſonderheiten die konkrete Strafe für das konkrete Verbrechen ermittelt werden muß. Sodann hat b) die richterliche Gewalt dieſe allgemeinen Normen an der unendlichen Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle wirklich zu vollziehen. Da nun aber das Verhältniß dieſer beiden Gewalten ein ſolches iſt, daß die zweite, obgleich zu relativ freier Selbſtbeſtimmung berechtigt, gleichwohl durch die von erſterer geſetzten Schranken ſchlechthin gebunden erſcheint, während andrerſeits die Natur der geſetzgebenden Gewalt die Abſtraktheit ihrer Normen nothwendig mit ſich bringt, ſo entſteht c) für diejenigen Fälle, in welchen die abſtrakte Realiſirung des Geſetzes zu einem Widerſpruch deſſelben mit ſeinem Zwecke führen würde, das Bedürfniß, eine ſolche Antinomie zu löſen. In der Entſtehung dieſes Be-

dürfniſſes aber, welches nur durch die die beſondere Gewalten in die Einheit zuſammenfaſſende Centralgewalt erfüllt werden kann, offenbart ſich die Relativität der am endlichen Willen des Verbrechers ſelbſt ſich vollziehenden Gerechtigkeit, und es zeigt ſich die Forderung weiterer Formen für ihre Erſcheinung.

A. Die Strafgeſetzgebung.

§. 210.

Die geſetzgebende Gewalt hat die Aufgabe, den Begriff des Verbrechens in ſeiner ſtufenweiſen Aktualiſirung von der niederſten bis zur höchſten Verbrechensart zu fixiren, desgleichen den Begriff der Strafe in ſeine Arten zu beſondern, und für jede Verbrechensart die entſprechende Strafart feſtzuſetzen. Die Möglichkeit hievon liegt in dem bisher gelieferten Beweiſe, daß die Strafe nichts Anderes ſei, als die Wiederaufhebung des endlichen Willens in demſelben Umfang und derſelben Intenſität, worin er ſich ſelbſt im Verbrechen als die Aufhebung ſeines eigenen Weſens geſetzt hat. Hieraus erhellt nämlich, daß Verbrechen und Strafe ebenſo homogene, wie heterogene Größen ſind, und daß jedes Verbrechen die Maßbeſtimmtheit ſeiner Strafe in ſich ſelbſt hat. Denn in jedem Verbrechen iſt die Schuld ein Produkt aus der objektiven Größe des verletzten Rechts und ſeiner Verletzung einer=, und dem Grade, worin dies Objektive auch ſubjektiv im Wiſſen und Willen geſetzt war, andrerſeits. Die objektive Größe des Verbrechens iſt aber ſelbſt nichts Anderes, als ein beſtimmter Grad, in welchem der Wille in einem ſeiner Medien verletzt iſt. Eben deshalb iſt es möglich, dafür eine entſprechende Verletzung des Willens in einem ſeiner Medien als Strafe feſtzuſetzen. Wie geſagt, iſt jedoch das Verbrechen nicht bloß eine objektive,

ſondern weſentlich zugleich eine ſubjektive Größe, und gerade ſeine Subjektivität, d. h. der Grad der Intenſität, worin die objektive Größe im Wiſſen und Willen des verbrecheriſchen Subjekts geſetzt war, macht ſeine übergreifende und ſpecifiſche Beſtimmtheit aus, wodurch es ſich von dem bloß durch den Werth des verletzten Objekts beſtimmten Civilunrecht unterſcheidet. Wenn denn hieraus folgt, daß die Strafe einerſeits nach der Objektivität des Verbrechens, andrerſeits nach der Subjektivität deſſelben ſich beſtimmen, daß aber das letztere Moment das übergreifende ſeyn muß, weil die Strafe weſentlich Aufhebung des verbrecheriſchen Willens iſt, ſo ergiebt ſich zugleich, daß die Gleichheit, die im Begriff der wiedervergeltenden Strafe liegt, keine äußere Gleichheit der objektiven Verletzung und der am Willen des Verbrechers zu ſetzenden Verletzung zu ſeyn braucht, noch ſeyn darf. Vielmehr handelt es ſich nur um die Gleichheit beider Verletzungen hinſichtlich ihrer Reflexion in den Willen, alſo hinſichtlich der Subjektivität des Verbrechens, wobei deſſen Objektivität nur das untergeordnete Moment bildet. Damit iſt die Möglichkeit und Nothwendigkeit eines Parallelismus der Verbrechens- und der Strafarten gegeben, ſowie die Grenzen, über welche die Skala der Strafen weder hinauf, noch hinunter gehen kann [1]). (S. den zweiten Theil.) Zugleich iſt damit angedeutet, wie es ſehr wohl möglich iſt, den wohlverſtandenen Beſſerungszweck mit dem Princip der objektiven Genugthuung zu vermitteln, d. h. ein ebenſo humanes, als gerechtes Strafſyſtem ſpekulativ zu rechtfertigen.

Anm. — Die neuerdings oft aufgeworfene und von der legislativen Praxis in der Regel verneinte Frage, ob ein Strafgeſetzbuch auf ein Strafprincip gebaut ſeyn ſolle, — iſt nach allem Bisherigen natürlich

---

1) Wirth, Ethik. II. S. 325.

zu bejahen. Das Hinderniß gegen die Möglichkeit und Nothwendigkeit dieſer Bejahung liegt auch in der That nur in der ſpekulativen Halbheit, welche aus den Motiven der neuen Geſetzgebungen erhellt, ſofern dieſe ſammt und ſonders auf dem Boden der Reflerionsphiloſophie ſtehen und daher von dem Irrthum nicht loskommen können, daß Idee und Wirklichkeit zwei disparate Mächte ſeien. Einerſeits will man daher die Philoſophie nur als Regulativ für die mitgebrachten empiriſchen Vorausſetzungen gelten laſſen, andrerſeits glaubt man (wozu allerdings eine gewiſſe Rechtfertigung vorliegt), den ſoliden wiſſenſchaftlichen Grund für die Geſetzgebung nur im Eklekticismus zu finden, der allen verſchiedenen Strafzwecken neben einander Recht giebt, worin ja auch mehrere neuere Straftheorieen die wahre Gerechtigkeit ſehen und ſich ebendeshalb Gerechtigkeitstheorieen nennen. Allein es iſt klar, daß dieſer Synkretismus den Forderungen der Wiſſenſchaft nicht genug thut, und daß an die Stelle der bloß mechaniſchen Vermittlung eine organiſche treten muß, welche ohne Einheit des Princips nicht denkbar iſt. Je gewiſſer es aber iſt, daß alle ſeit hundert Jahren in Deutſchland hervorgetretenen Strafgeſetzgebungen auf dem Grunde der jedesmal herrſchend geweſenen Philoſophie ſtehen, und daß ebendeshalb von keiner derſelben die organiſche Durchführung des wahren Gerechtigkeitsprincips erwartet werden darf, um ſo mehr muß es verwirren, wenn Abegg [1]) nicht nur in allen dieſen Geſetzgebungen, ſondern ſogar in den Quellen des gemeinen deutſchen Rechts eben nur jenes Princip herrſchend finden will. Was namentlich das gemeine Recht betrifft, ſo wäre es vielmehr eine

---

1) S. ſeine Strafrechtstheorieen. S. 74—171.

noch zu löſende Aufgabe der Geſchichtsphiloſophie [1]), zu unterſuchen, ob nur überhaupt das deutſche Recht in Beziehung auf Verbrechen von jeher wahres Strafrecht geweſen, wann vielmehr dieſer Begriff erſt in ſeiner Wahrheit hervorgetreten und welches die Phaſen ſeiner Entwicklung geweſen ſeien, was namentlich das römiſche und kanoniſche Recht dazu beigetragen, und ob insbeſondere das erſtere den Begriff der Strafe von dem des Schadenserſatzes ganz gereinigt, ob es vindikative und korrektive Strafgerechtigkeit geſondert und ob es wirklich in ſeinem öffentlichen Strafrecht eben nur dem Princip der Gerechtigkeit gehuldigt habe [2])?

Dagegen hat Abegg [3]), und haben Richter [4]) u. A. den nach und nach breit getretenen Einwürfen gegen die Theorie der gerechten Wiedervergeltung namentlich dies mit Recht entgegnet, daß auch die relativen Theorieen, wenn gleich im Widerſpruch mit ihrem Princip, doch immer auf die Forderung des gerechten Maßes zurückkommen, daher der Vorwurf der Unfruchtbarkeit dieſes Princips auf ſie ſelbſt zurückfällt. Indeſſen muß allerdings dieſer Vorwurf in Beziehung auf die bisher hervorgetretenen Gerechtigkeitstheorieen als ein nicht unverdienter anerkannt werden, ſofern dieſe bald über den abſtrakten Gedanken des gerechten Maßes nicht hinauskommen und insbeſondre das Verhältniß des Strafprincips zu den Strafzwecken keineswegs durchzuführen wiſſen, bald aber auch, wenn ſie wirklich um einen Inhalt für die leere Form ſich bemühen, entweder mit

---

1) S. auch Stein, Haller A. L. Z. 1844. nr. 253—255.
2) Vgl. Rein, Krim.-Recht der Römer. S. 77—88.
3) A. a. O. S. 58 ff.
4) Philoſ. Strafrecht. S. 174 ff.

Kant in die rohe Talion, oder mit Andern in das privatrechtliche Gebiet des Schadenserſatzes fallen, oder wenigſtens theilweiſe, wie Hegel bei der Rechtfertigung der Todesſtrafe, einen Gleichungsmaßſtab vorbringen, deſſen Konſequenzen in's Vage ausgehen oder von keiner praktiſchen Brauchbarkeit ſind. Eben dies iſt auch wohl der Grund, warum Abegg, obwohl er ſich beſtrebt, dem Princip auch in abstracto Inhalt zu geben, doch endlich den Knoten damit durchhaut, daß er ſich ganz auf das Gebiet der Empirie flüchtet, d. h. in Beziehung auf die konkrete Durchführung des Princips an die Kulturgeſchichte verweist. Es bedarf jedoch nur einer richtigen Auffaſſung des Princips ſelbſt, um ihm doch etwas mehr abgewinnen zu können. Hievon kann jedoch erſt die Rede ſeyn, wenn die beſondern Verbrechens- und Strafarten zur Erörterung gelangen. — Jedenfalls beſteht aber das ſpekulative Problem gerade darin, die geſchichtliche Entwicklung des Strafſyſtems nicht bloß empiriſch aufzunehmen, ſondern deſſen verſchiedene Phaſen zugleich als die Momente aufzuzeigen, deren organiſcher Proceß in ſeiner Totalität das aus dem richtig erkannten Gerechtigkeitsprincip fließende Strafſyſtem konſtituirt, — eine Darlegung, wobei ſich freilich zeigen wird, daß die bisherige Arbeit der Geſchichte in ihrem Werthe nicht richtig erkannt ſeyn kann, wenn man noch immer von philoſophiſchen Verſuchen, die Todesſtrafe zu rechtfertigen, hören muß.

B. Die Strafrechtspflege.

§. 211.

Die Juſtiz, als ein Zweig der Staatsverwaltung überhaupt, ſteht zur Geſetzgebung in demſelben Verhält-

-niſſe, in welchem überhaupt die vollziehende Gewalt zu der geſetzgebenden ſich befindet (vgl. §. 175), wenn gleich ihr ſpecifiſcher Unterſchied von der Polizei es mit ſich bringt, daß ſie theils in der Art des Verfahrens, theils in der Stellung ihrer Organe gegenüber von der Staatsregierung von der letzteren weſentlich differiren muß. Jenes allgemeine Verhältniß iſt aber dieſes, daß die Verwaltung einerſeits 1) die Aufgabe hat, ſich vom Geſetze, als ihrer abſoluten Norm, beſtimmen zu laſſen, andrerſeits aber 2) nicht bloße Maſchine zu ſeyn, woraus dann 3) als ihre konkrete Beſtimmung die hervorgeht, als freie Selbſtbeſtimmung innerhalb des Geſetzes ſich zu bewegen, und deſſen Geiſt im Gebiet des Konkreten lebendig zu machen [1]).

§. 212.

1) Durch die allgemeine Norm des Geſetzes iſt die richterliche Gewalt in der Art ſchlechthin beſtimmt, daß ſie nicht die Befugniß hat, dieſelbe zu ſchmälern oder zu erweitern. Sie hat daher die Aufgabe, das Geſetz richtig auszulegen und ſofort anzuwenden, die davon übergangenen Punkte aber zunächſt nach der Analogie eines beſtimmten beſondern Geſetzes, weiterhin aber nach dem Geiſte der geſammten poſitiven Geſetzgebung zu entſcheiden (§. 194). Insbeſondre hat ſie alſo die Anwendung des Geſetzes nicht erſt von einer Prüfung ſeiner materiellen Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit abhängig zu machen [2]). Ferner muß jedes richterliche Urtheil, als bloßes Medium der Anwendung des Geſetzes, durch geſetzliche Gründe beſtimmt ſeyn, woraus folgt, daß dem Richter kein Begnadigungsrecht, kein Recht, mit dem Verbrecher einen Vergleich zu ſchließen, kein Recht,

---

1) Wirth, Ethik. II. S. 203. 204.

2) Feuerbach, Lb. §. 74. Vgl. Wächter, Wirtemb. Priv.-Recht II. S. 26—30.

ohne Erlaubniß des Geſetzes die geſetzliche Strafe zu ändern, und kein Recht, bei arbiträren Strafen eine andre, als eine der geſetzlich anerkannten Strafarten anzuwenden, zuſteht [1]). Gleichwie aber der Richter von der Anwendung des Geſetzes keinen darunter gehörigen Fall willkührlich ausſchließen darf, ebenſowenig darf er daſſelbe anwenden, wo es an einem Requiſite des weſentlichen Thatbeſtands oder an einem zureichenden Beweiſe der objektiven und ſubjektiven Exiſtenz des Verbrechens mangelt [2]).

Anm. — Daß die Anwendung des Strafgeſetzes nur der vollziehenden (Juſtiz) Gewalt, nicht aber der Regierungsgewalt zuſtehe, daß alſo Kabinetsjuſtiz [3]) verwerflich ſei, iſt hier aus dem Staatsrecht vorauszuſetzen und im Kriminalproceſſe näher zu erörtern. Wie aber in dieſer Hinſicht, ſo zeigt auch in Beziehung auf die im Paragraphen erwähnten Punkte die Doktrin und Praxis des gemeinen deutſchen Strafrechts leider nur zu viele Auswüchſe, die übrigens glücklicherweiſe mehr und mehr zu bloßen hiſtoriſchen Merkwürdigkeiten herabſinken [4]). — Daß bei Beſtimmung des Verhältniſſes zwiſchen der richterlichen und der geſetzgebenden Gewalt in der Regel der Unterſchied zwiſchen beſtimmten und unbeſtimmten Strafgeſetzen ſogleich vorangeſtellt wird, iſt ein Mißſtand, der eine offenbare petitio principii enthält und weſentlich mit unter die Erbſünde des Feuerbachiſchen Standpunkts gehört. Feuerbach ſelbſt hat dabei in gutem Glauben gehandelt, indem er dem poſitiven Rechte ſeine Androhungstheorie zu Grunde legte und deshalb alle unbeſtimmten Strafgeſetze

1) Wächter, Lb. I. §. 112.
2) Ebend. §. 113. Feuerbach, Lb. §. 78.
3) Wächter a. a. O. I. §. 111.
4) Ebend. I. S. 204–210.

nur als unvollkommene Ausnahmen betrachten konnte [1]). Allein, wenn man mit ſeiner Philoſophie nicht zufrieden war, ſo hatte man in doppeltem Betrachte Unrecht, wenn man ihm hierin folgte. Denn, handelte es ſich um das poſitive Recht, ſo war erſt noch zu unterſuchen, ob denn dieſem wirklich der Unterſchied zwiſchen beſtimmten und unbeſtimmten Strafgeſetzen im Feuerbachiſchen Sinne zu Grunde liege? und, handelte es ſich um die Natur der Sache, ſo war erſt aus der Natur der geſetzgebenden Gewalt zu unterſuchen, ob ſich damit beſtimmte Strafgeſetze in der Bedeutung, die Feuerbach nach ſeiner Imputationslehre damit verbinden muß, auch nur vertragen? Gleichwohl zeigt Doktrin und Geſetzgebung unſrer Tage [2]), daß man in beiden Hinſichten keineswegs mit der nöthigen Kritik zu Werk gegangen iſt.

§. 213.

2) Die richterliche Gewalt darf jedoch andrerſeits keine ſelbſtloſe Maſchine ſeyn. Da es vielmehr in der Natur der Geſetzgebung liegt, nur das Allgemeine zu beſtimmen, ſo muß dieſelbe auch dieſe ihre Schranke anerkennen und dem richterlichen Ermeſſen einen Spielraum für konkrete Beſtimmungen offen laſſen. Die Strafgeſetze dürfen daher, da von keinem Verbrechen geſagt werden kann, daß die Modifikationen der Schuld, wie ſie bei andern Verbrechen ſich finden, bei ihm ſich indifferenziren, nicht abſolut, ſondern nur relativ beſtimmt ſeyn; und die Geſetzgebung muß dem Richter geſtatten, nach demſelben objektiven und ſubjektiven Maßſtabe, wornach ſie ſelbſt das objektive und ſubjektive Maß der Strafbarkeit der verſchiedenen Verbrechen beſtimmt,

---

1) Feuerbach, Reviſion I. S. 110—146.
2) Vgl. Mittermaier, Ausg. 13 von Feuerb. Lb. S. 160—201.

die konkrete Strafe auszumeſſen. Da aber dieſe Zumeſſungsgründe, als auf allgemeinen Verhältniſſen begründet, auch eine allgemeine Feſtſetzung zulaſſen, ſo hat die Geſetzgebung eine ſolche dem Richter als Norm zu geben. Aus dem Weſen des Strafrechts überhaupt folgt, daß der betreffende Maßſtab nicht durch die moraliſche, ſondern lediglich durch die rechtliche Natur der verbrecheriſchen Handlung beſtimmt ſeyn darf. Hiernach aber muß a) in objektiver Beziehung die Strafbarkeit ſich richten: nach dem Werthe des verletzten Rechts und dem Umfang der Verletzung (wozu auch die dadurch erzeugte Gefahr gehört), ſowie nach dem Vorhandenſein von Orts- oder Zeit- oder beſonderen ſocialen Verhältniſſen zwiſchen dem Verbrecher und dem Objekte des Verbrechens, welche dieſes größer oder geringer erſcheinen laſſen; b) in ſubjektiver Beziehung: nach der Intenſität, womit die Objektivität des Verbrechens im Wiſſen und Willen des Verbrechers geſetzt war, insbeſondre nach der Verſchiedenheit der Willensbeſtimmung zur That, nach dem Grade der Theilnahme am Verbrechen, nach der Menge der zu überwindenden natürlichen oder ſittlichen Hinderniſſe, insbeſondere nach dem Grade des Hangs zum Verbrechen, welchen der Handelnde an den Tag legt. — Es ſind nun übrigens dieſe Gründe theilweiſe der Art, daß ſie die Strafbarkeit unendlich ſteigen oder ſinken laſſen, und andrerſeits verlangt der Begriff des Geſetzes für die Strafen beſtimmter Verbrechensarten beſtimmte Grenzen. Daraus ergiebt ſich die Nothwendigkeit für die Geſetzgebung, beſtimmte Normen darüber zu geben, ob und unter welchen Bedingungen jene Gründe die Wirkung haben ſollen, die Strafbarkeit des konkreten Verbrechens auch über die Grenzen des relativ beſtimmten Strafgeſetzes hinaus ſteigen oder fallen zu laſſen.

Anm. — Die große Verwirrung in dieſer Lehre hat verſchiedene Urſachen. Die hauptſächlichſte lag aber

ſicherlich in dem traurigen Zuſtande des poſitiven, von der geſetzgebenden Gewalt verwahrloſten Rechts. Dieſer Zuſtand führte zu einer ungeheuren Willkühr der Doktrin und Praxis, wobei man, bald mit offen eingeſtandener, bald mit ſophiſtiſch aufgeſtutzter Gewaltthätigkeit, den unläugbar beſtehenden Unterſchied zwiſchen beſtimmten und unbeſtimmten Strafgeſetzen des geltenden Rechts ſo gut als ganz aufhob, und mehr oder minder das ganze poſitive Recht als unbeſtimmte Strafvorſchrift behandelte [1]). Allein die Verwirrung wurde durch den Kampf [2]), der ſich dagegen erhob, nicht gelöst, ſondern vermehrt. Indem nämlich Feuerbach mit dem ganzen ihm eigenen Feuer gegen jenen Mißbrauch zu Felde zog, ſo unterſchied er, aller ſeiner Proteſtationen ungeachtet, ſeine philoſophiſchen Argumente ſo wenig von den poſitiv-rechtlichen [3]), daß dadurch die Verwirrung nur noch in ein weiteres Feld getragen wurde. Denn Feuerbachs Philoſophie verwarf die unbeſtimmten Strafgeſetze; ſeine Schuldlehre forderte gerade die abſolut beſtimmten; indem er aber dieſe Anſicht in das poſitive Recht hineintrug, verfälſchte er daſſelbe. Hinſichtlich der unbeſtimmten Strafgeſetze dagegen verwies er den Richter an die Strafpolitik [4]), d. h. er machte aus Uebel Aerger. — Dies war nun freilich, unter der Vorausſetzung, daß dem gemeinen Rechte eben die Feuerbachiſche Theorie zu Grunde liege, ganz konſequent, ja man muß ſogar die Replik Feuer-

---

1) Wächter, Gem. Recht. S. 120—143.

2) Feuerbach, Rev. I. S. 109—342.

3) S. auch Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 94, wo aber Verdienſt und Schuld von Feuerbach keineswegs ganz richtig bezeichnet ſind.

4) Später machte er freilich Konceſſionen. Lb. §. 102 b.

bachs gegen die Vorwürfe von Thibaut u. A. [1]) (§. 102 not. f.), welche ihn auf den Geiſt des gemeinen Rechts verwieſen, nur zu ſehr für gegründet anerkennen. Das war aber eben das Unglück, daß man es in dem poſitiven Rechte in ſeinem letzten Stadium mit einem ganz irrationalen Gegenſtande zu thun hatte, und dieſes Uebel konnte natürlich am wenigſten dadurch gehoben werden, daß Feuerbach jenes Recht auf das Prokruſtesbett ſeiner Theorie ſtreckte. Im Gegentheil verſchuldete er, wie geſagt, durch dieſe Vermiſchung philoſophiſcher und poſitiv-rechtlicher Beſtimmungen neuen Wirrwarr (es iſt z. B. an ſeinen Satz zu erinnern, daß das beſtimmte Strafgeſetz ſtets den härteſten Fall vor Augen habe, daher keine allgemeinen Schärfungsgründe anzunehmen ſeien, ein Satz, der ganz aus ſeiner Schuldlehre hervorgewachſen war, gleichwohl aber, mittelbar oder unmittelbar, auch von Andern acceptirt wurde, die ſeiner Schuldlehre nicht anhängen [2]). Zwar ſind nun faſt alle Behauptungen Feuerbachs in dieſer Lehre im Einzelnen beſtritten worden [3]), ſo die, daß es keine allgemeinen Schärfungsgründe gebe, daß nur gewiſſe Milderungsgründe zuläſſig ſeien, daß namentlich der Mangel am Thatbeſtand dahin gehöre u. ſ. f. Dagegen hat die Sitte, Philoſophie und poſitives Recht in dieſer Lehre untereinander zu mengen, fortgedauert, und zwar auch bei ſolchen, die es nicht Wort haben wollen, und die Konſequenzen davon zeigen ſich noch bei den neuen Geſetzgebungen. Namentlich iſt es faſt gemeine Anſicht geblieben [4]), daß für beſtimmte und

1) S. auch Wächter, Lb. I. S. 243.

2) Vgl. Martin Lb. §. 55. Roßhirt Lb. §. 85. 86.

3) S. Wächter, Lb. I. S. 215. und die dort Angeff.

4) S. dagegen übrigens Wächter I. S. 216 unten.

unbeſtimmte Strafgeſetze verſchiedene Maßſtäbe zu unterſcheiden ſeien [1]). Dazu kam aber ferner noch der Uebelſtand, daß die verſchiedenen Strafrechtstheorieen, wenn ſie irgend konſequent waren, zu ganz verſchiedenen Reſultaten führten, indem die einen den objektiven, die andern den ſubjektiven Maßſtab verwerfen, und innerhalb der beiden Maßſtäbe ſelbſt die einen als Straferhöhungsgrund feſtſetzen mußten, was den andern als Strafminderungsgrund galt [2]). Sonderbar iſt namentlich, daß ſolche, die Feuerbach ausdrücklich dafür beloben, daß er die alte Freiheitstheorie umgeſtoßen habe, gleichwohl auch wieder die neuen Geſetzgebungen dafür tadeln, daß ſie ſich an die Feuerbachiſche Schuldlehre gehalten haben [3]).

Sieht man nun vom gemeinen deutſchen Rechte ab und fragt nach der Natur der Sache, ſo muß die erſte Frage ſeyn, ob überhaupt der Unterſchied zwiſchen beſtimmten und unbeſtimmten Strafgeſetzen zuläſſig ſei? Dieſe Frage iſt von den neueren Geſetzgebungen nur theilweiſe richtig entſchieden. Denn, obgleich die Mehrzahl ihrer Strafgeſetze relativ-beſtimmte ſind, wie es die Natur der geſetzgebenden Gewalt mit ſich bringt, ſo iſt doch dieſes Syſtem bei ihnen nicht konſequent durchgeführt [4]), und mit dieſer Halbheit hängen andre Unrichtigkeiten zuſammen. Dahin gehört beſonders die von Wächter [5]) getadelte Inkonſequenz, daß dieſelben

---

1) Mittermaier n. 1 zu §. 93. n. 1 zu §. 96 von Feuerbach.

2) S. Welker, Letzte Gründe, S. 227 ff. Wächter, Lb. I. S. 187—191.

3) Vgl. Mittermaier n. 1 zu §. 93. u. n. 4 zu §. 106 b. bei Feuerbach.

4) Mittermaier, N. Arch. 1839. S. 161—171.

5) Lb. I. S. 216 unten.

Momente, die bei Beſtimmung der Größe einer relativ-arbiträren Strafe die größte Bedeutung erhalten, bei beſtimmten Strafgeſetzen ohne alle Wirkung bleiben ſollen, womit denn die jetzt gangbare Unterſcheidung zwiſchen Strafſchärfungs- und Milderungsgründen auf der einen, und bloßen Straferhöhungs- und Minderungsgründen auf der andern Seite im Zuſammenhange ſteht. Daß dieſem Unterſchiede etwas ſehr Wahres abgewonnen werden könne, wird ſich zeigen. So aber, wie ihn die gangbare Doktrin und die neuere Legislation auffaßt [1]), enthält er das Schiefe, als gebe es Verbrechen von in der Art verſchiedener Natur, daß dieſelben Modifikationen der Schuld, welche bei den einen ein Aufſteigen oder Abſteigen in einem oft nicht unbeträchtlichen Strafrahmen rechtfertigen, bei den andern geradezu indifferent ſeyn ſollen [2]). Dies iſt unwahr, und es iſt ſchwer einzuſehen, wie Mittermaier einerſeits die abſolut beſtimmten Strafgeſetze dem Gerechtigkeitsprincipe widerſprechend finden, und andrerſeits doch die gedachte Eintheilung der Strafzumeſſungsgründe im gewöhnlichen Sinne gegen Trefurt [3]) rechtfertigen mag. Zu beklagen iſt, daß mit der Fortdauer abſolutbeſtimmter Strafgeſetze auch der Streit darüber fortdauert, ob der Geſetzgeber dabei den gewöhnlichen oder den härteſten Fall vor Augen habe, — welchen letzteren (Feuerbachiſchen) Satz auch Mittermaier noch vertheidigt. Sonderbarer Weiſe will ſogar Mittermaier [4]) bei den relativbeſtimmten Strafgeſetzen der neueren Geſetzbücher nicht

---

1) Mittermaier, zu Feuerbach n. 1. 2 zu §. 93. n. 1 zu §. 96.

2) Der von Hufnagel I. S. 229 oben angegebene ſcharfſinnige Grund ſetzt die Zuläſſigkeit der Todesſtrafe voraus.

3) N. Arch. 1838 S. 414, ſo auch Abegg, Lb. S. 92. 93.

4) n. 1 zu Feuerbach §. 96. Vgl. aber Abegg, Lb. §. 150.

anerkennen, daß hier das Normalmaß zu Grunde liege [1]), während doch hierauf allein der ganze Begriff des relativ-beſtimmten Strafgeſetzes beruht. Auch ſcheint er, wie Groß [2]), wenn ſie die von den Motiven zum Wirt. GB. adoptirte Theorie des Mittelmaßes bekämpfen, nicht zu bemerken, daß ſie damit das ganze Fundament des Syſtems der relativ-beſtimmten Strafgeſetze umſtoßen. Wenn die Anwendung dieſer Theorie ſchon zu Inkonvenienzen geführt hat [3]), ſo lag der Grund davon nicht in ihrer Unrichtigkeit, ſondern nur darin, daß die Geſetzgebung ſich in der Feſtſetzung des Maximums und Minimums vergriffen hatte. Daß die Beſtimmung der konkreten Strafe nicht zu einem bloßen Rechenexempel werden ſoll, iſt gerade die Forderung des vorſtehenden Paragraphen; dazu iſt aber eine ſo vage Beſtimmung, wie ſie Mittermaier [4]) gewährt, und wie ſie nicht einmal eine Garantie gegen unbefugte Einmiſchung bloß moraliſcher Rückſichten giebt, nur das andre Extrem. —

Die angeführten Mängel würden ſich heben, ſobald man ſich entſchlöße, das ſchon größtentheils adoptirte Syſtem der relativ-beſtimmten Strafgeſetze mit voller Konſequenz durchzuführen und hiemit den Irrthum aufzugeben, als ſeien die Sträfſchärfungs- und Milderungsgründe eines-, und die Straferhöhungs- und Minderungsgründe anderntheils von qualitativ-verſchiedener Natur [5]). Die Eintheilung ſelbſt kann ganz wohl beibehalten werden, ſobald nur der Unterſchied als ein bloß quantitiver gefaßt wird. Denn allerdings führt

1) N. Arch. 1839. S. 176.
2) Sächſ. Gb. mit Anm. S. 119.
3) Hufnagel, Komm. I. S. 231 Note. S. 628. 629. II. S. 523.
4) n. 2 zu Feuerbach §. 78. N. Arch. a. a. O. S. 171.
5) Vgl. Grolman, Grundſätze §. 120.

die am Ende des Paragraphen angeführte Betrachtung zu einer ſolchen Unterſcheidung, wornach es nothwendig wird, gewiſſen Erhöhungs- und Minderungsgründen in dem Falle, wenn ſie in größerer Stärke vorhanden ſind (z. B. Rückfall einer-, beſchränkter Vernunftgebrauch andrerſeits) die Qualität von Schärfungs- und Milderungsgründen zu ertheilen.

Was nun den objektiven und ſubjektiven Maßſtab ſelbſt betrifft, ſo geſtattet der Raum nicht, ſich in's Einzelne auszulaſſen, wie es auch der Zweck dieſer Schrift nicht fordert. Daher mag es an folgenden Bemerkungen genügen. Zu a) Wie ſich von ſelbſt verſteht, mußte hier das Feuerbachiſche Grundprincip der Gefährlichkeit [1]) auf ſeine richtige Bedeutung, als bloßen Moments der objektiven Größe des Verbrechens, reducirt werden. Ferner konnte unter die objektiven Zumeſſungsgründe nicht der Grad der Betheiligung am Verbrechen gerechnet werden [2]), da nach dem oben §. 129—151 Aus geführten die Feuerbachiſche Lehre, die hier Alles auf die objektive Kauſalität ſtellt, unrichtig iſt. Was dann insbeſondere den objektiven Werth des verletzten Rechts betrifft, ſo hat zwar Feuerbach [3]) Recht, wenn er ſagt, derſelbe könne nicht in der Beziehung des Rechts auf Tugend und Glückſeligkeit, ſondern nur in ſeiner Beziehung auf den Staat liegen; allein dabei miſcht ſich ſogleich wieder das Princip der Gefährlichkeit ein, und Feuerbach klaſſificirt hiernach die Rechte lediglich nach dem Grade der Gefahr, die ihre Verletzung für den Staat hervorbringt. Davon kann denn natürlich

1) Reviſion II. S. 199 ff.
2) Vgl. Abegg, Lb. S. 218, der ſich jedoch ſchwankend ausdrückt.
3) Reviſion II. S. 213—218. Vgl. Grolman, Grundſ. §. 77. 78. 81—83. Henke, I. §. 75. Heffter, §. 95.

wieder im vorliegenden Syſteme keine Rede ſeyn. Dagegen wird die Ausführung über den verſchiedenen Werth der Rechte, welche Objekte des Verbrechens bilden, ihre Stellung erſt im zweiten Theile (bei der Eintheilung der Verbrechen) finden [1]. Wenn Abegg bemerkt, daß ſich das Nähere hiebei immer nur empiriſch, d. h. mit Rückſicht auf die politiſchen Verhältniſſe des Staats, nach Zeit, Umſtänden, dem religiöſen, ſittlichen Standpunkte des Volks ꝛc. ergebe [2]), ſo iſt dies nur inſoweit richtig, als man allerdings im poſitiven Rechte auf dieſe Erkenntnißquellen gewieſen iſt. Allein daraus folgt nicht, daß nicht aus der Natur der Sache ſelbſt erſchöpfende Beſtimmungen gegeben werden könnten, die dann auch in der Geſchichte ſucceſſiv ſich geltend zu machen wiſſen; ebenwie umgekehrt gegen Abegg bemerkt werden muß, daß die allgemeinen Beſtimmungen, welche — wie er zugiebt — die Abſtufungen der Verbrechen zulaſſen, als ſolche im praktiſchen Rechte keine Brauchbarkeit haben. Daß zur objektiven Größe des Verbrechens auch der Umfang der Verletzung, die dadurch erzeugte Gefahr, der dadurch hervorgebrachte Schaden gehören, iſt von Abegg richtig gezeigt [3]), und daß das gemeine deutſche Recht dieſe Momente würdige, iſt bekannt, wenn gleich manche Doktrinäre den richtigen Takt, den daſſelbe hierin beweist (wenn es z. B. den beendigten Verſuch geringer ſtraft, als das vollendete Verbrechen), nicht anerkennen wollen. Ebenſo findet ſich ferner in unſrem poſitiven Rechte auch dies anerkannt, daß die objektive Größe des Verbrechens durch örtliche, zeitliche und ſociale, beſonders

---

1) S. vorläufig Wirth, Ethik II. S. 283—300.

2) Lb. §. 141. a. C. Heffter, §. 95. n. 4.

3) Strafrechtstheorieen S. 64—66. Vgl. PGO. Art. 109. 112. 127. 157. 160.

Familien=Verhältniſſe [1]) beſtimmt werde. — Zu b) kann hier hinſichtlich der Abſtufungen der Strafbarkeit nach der Verſchiedenheit der Willensrichtung (dolus, culpa etc.) und nach den Graden der Betheiligung am Verbrechen, — was in der Regel erſt an dieſer Stelle abgehandelt wird (ſo von Feuerbach, Wächter, Abegg ꝛc.), — auf die frühere Darſtellung verwieſen werden. Es iſt daher nur noch dies beſonders zu erwähnen, daß die Intenſität des verbrecheriſchen Willens auch über jene fixen Grade hinaus einen allgemeinen Zumeſſungsgrund bildet. Nur iſt dies wiederum nicht in Feuerbachs [2]) Sinne zu verſtehen, der auch hier nur auf die Gefährlichkeit der ſinnlichen Triebfedern ſah und dadurch zu Folgerungen kam, die der Wahrheit gerade zuwiderlaufen. Vielmehr handelt es ſich nur von der, aus der Handlung ſelbſt und den ſie begleitenden Umſtänden erkennbaren, größeren oder geringeren Intenſität des verbrecheriſchen Willens, welche eben damit eine größere oder geringere Intenſität der Schuld iſt. Insbeſondere zeigt ſich hiernach die Schuld größer, wenn der Wille aus freiem Antrieb das Verbrechen erzeugte, als wenn er dazu der Mitwirkung andrer Reizmittel bedurfte; ebenſo zeigt ſie ſich größer, je mehr und je größere, innere oder äußere Hinderniſſe zu überwinden waren. In erſterer Beziehung müſſen dann Noth, Gelegenheit, Verführung, Beleidigung [3]) einen ſtrafmindernden Einfluß haben, während umgekehrt die Wiederholung von Verbrechen, beſonders von gleichartigen, einen feſtgewordenen ſelbſtändigen Hang dazu, und damit eine größere Intenſität des verbrecheriſchen

1) L. 16. §. 3. 4. l. 28. §. 8. D. de poenis. §. 9. J. de injur. l. 2. D. de effract. CCC. Art. 171. 172. 137. 165.

2) Reviſion II. S. 274—443.

3) Vgl. PGO. Art. 156. 175.

Willens anzeigt [1]). Nur kann gewiß die exorbitante ſtrafſchärfende Wirkung, wie ſie hie und da (z. B. vom Wirt. GB. beim Diebſtahl) dem Rückfall beigelegt wird, in keiner Hinſicht gerechtfertigt werden, ſofern hier nicht etwa bloß die Strafe des zunächſt begangenen Verbrechens geſchärft, ſondern mit derſelben eine eigene „Rückfallsſtrafe" verbunden werden ſoll, was doch offenbar dem Axiom der Gerechtigkeit: non bis in idem ſchnurſtracks wider die Stirn läuft. — In der anderen Beziehung müſſen beſondere Pflichten, die der Verbrecher übertrat [2]), beſondere äußere Hinderniſſe, die er überwand [3]), ſowie beſondere Grauſamkeit, die er bei der Ausführung an den Tag legte, als Zeichen größerer Intenſität des verbrecheriſchen Willens, einen ſtraferhöhenden Einfluß üben; wogegen das Beſtreben, größeren Schaden zu verhindern, freiwilliger Schadenserſatz [4]), Jugend, Trunkenheit, Affekt und alle ähnlichen Zuſtände, in welchen die freie Selbſtbeſtimmung durch den in den Geiſt hereintretenden Naturkauſalismus, zwar nicht aufgehoben, aber doch gehemmt wird, als Strafmilderungsgründe erſcheinen [5]). — Man wird leicht bemerken, daß hier nur ſolche Gründe anerkannt ſind, welche auf die größere oder geringere Stärke des verbrecheriſchen Willens als ſolchen hinzeigen. Denn nur ſolche können im Strafrechte von Bedeutung ſeyn, keineswegs aber ſolche Momente, welche lediglich in das Gebiet der ſubjektiven

1) Vgl. PGO. Art. 161. 162. — N. Arch. II. S. 578 f. V. S. 479 f. XI. S. 101 f. 648 f. XIV. S. 115. Neue Folge. 1834. S. 415 f. Mittermaier zu Feuerbach §. 132 a.

2) Vgl. PGO. Art. 124. 137.

3) Vgl. PGO. Art. 159.

4) Wächter I. S. 219. 227. i. d. Mitte u. Jenull ib. cit.

5) Belege aus dem poſ. Rechte bei Wächter, Lb. I. §. 116. n. 71—74. Vgl. Heffter, §. 105.

Sittlichkeit gehören, wie die gute Abſicht [1]), die Meinung, daß man der Religion einen Dienſt erweiſe u. dgl., oder welche wenigſtens in Beziehung auf den in der konkreten Handlung bethätigten verbrecheriſchen Willen indifferent ſind, wie beſſere oder ſchlechtere Erziehung, höhere oder geringere Bildung, Stand, Geſchlecht, und Andres, was Abegg (Lb. S. 221—223) erwähnt. Dagegen dürfte gegen die Zumeſſungsgründe, welche Abegg [2]) in Beziehung auf die Strafbarkeit kulpoſer Verbrechen angiebt, nichts zu erinnern ſeyn. Im Weſen des Verſehens ſelbſt nämlich liegt es, daß ſich die Schuld ſteigern oder verringern muß: theils nach der Quantität des rechtsverletzenden Erfolgs, weil es eine größere Pflichtverletzung iſt, ein wichtigeres objektives Recht nicht beachtet zu haben, als ein geringeres, — theils je nachdem dieſer Erfolg unmittelbare oder mittelbare Wirkung des Willens war, weil, wie Wirth [3]) treffend ſagt, in derſelben Proportion ihr Princip ſowohl im Willen liegt, als im Wiſſen liegen konnte.

Die Extreme, welche in dieſer Materie die Geſetzgebung zu vermeiden hat, ſind einerſeits die von den Strafandrohungstheorieen eingeführte falſche Schätzung des Geſetzes, womit theils das Drängen nach abſolutbeſtimmten Geſetzen, theils die Sucht, den Richter zur bloßen Maſchine des mathematiſch genau ausgezirkelten Geſetzes zu machen [4]), verbunden iſt, wodurch aber

1) AM. noch Heffter, §. 106, der auch mit Unrecht (§. 107) die Rechtsunwiſſenheit hieher zieht.

2) Lb. S. 224.

3) Ethik I. S. 133.

4) Vgl. Feuerbach, Kritik des Kleinſchr. Entw. II. S. 72. Martin, §. 61.

ſowohl das Recht der richterlichen Gewalt, als die Natur der (hiemit zur Kaſuiſtik gezwungenen) Geſetzgebung ſelbſt völlig verkannt wird, — andrerſeits jene Syſtemloſigkeit, wie ſie ſich in der deutſchrechtlichen Praxis zuletzt auf eine alle Rechtsſicherheit gefährdende, allen Unterſchied zwiſchen rechtlicher und moraliſcher Zurechnung aufhebende Weiſe breit machte und wie ſie in Frankreich, als Nothbehelf gegen die Härte des Code pénal, an der Tagesordnung iſt [1]). Soll aber beiden Gewalten ihr Recht werden, ſo iſt es nicht gerathen, mit den Motiven zu mehreren neuen Legislationen die Frage, ob die Geſetzgebung die allgemeinen Strafzumeſſungsgründe anzugeben habe, zu verneinen [2]). In der Sache ſelbſt aber iſt es, aus den angeführten Gründen, nicht gut zu heißen, wenn unſre neuen Geſetzgebungen noch immer die abſolut beſtimmten Strafgeſetze nicht ganz ausmerzen und deshalb auch an der in der hergebrachten Bedeutung unrichtigen Unterſcheidung von Schärfungs- und Erhöhungsgründen ꝛc. haften, wenn ſie ferner noch immer von dem Princip der Gefährlichkeit ſich nicht ganz losmachen [3]), und andrerſeits die Grenze zwiſchen rechtlicher und moraliſcher Imputation keineswegs immer richtig feſthalten, oder gar politiſchen Rückſichten (z. B. Belohnung des Geſtändniſſes, der Angabe der Mitſchuldigen ꝛc.) Einfluß geſtatten [4]), den ein Strafgeſetzbuch unter ſeiner Würde finden ſollte [5]).

---

1) Chaveau, Code progr. S. 33. 348. Haus, Obs. sur le projet de revision etc. I. S. 50—57.

2) Mittermaier, n. 3 zu Feuerbach, §. 102 b.

3) Zu viel legt ihnen übrigens hier Mittermaier n. 4 zu Feuerbach §. 102 b. zur Laſt.

4) Wirt. Gb. Art. 110. 111.

5) Vgl. Marezoll, §. 40.

§. 214.

3) Daraus ergiebt ſich als konkrete Aufgabe der richterlichen Gewalt, die Geſetzgebung in ihrem Geiſte lebendig zu machen. Der Geiſt der Strafgeſetzgebung beſteht aber in nichts Anderem, als in der Bethätigung des Princips der gerechten Wiedervergeltung. Hiernach iſt es abſolute Pflicht des Richters, die Strafe zum reinen Werthausdrucke der in der verbrecheriſchen Handlung objektivirten Schuld des handelnden Subjekts zu machen. Aus dieſer Nothwendigkeit geht hervor, a) daß es dem Richter nicht zuſtehen kann, wegen Zuſammentreffens mehrerer Verbrechen, daſſelbe ſei ein reales oder ideales, an der verdienten Geſammtſtrafe irgend etwas abzuziehen, wobei jedoch zu bemerken iſt, daß keine Häufung von Verbrechen vorliegt: α) wenn dieſelbe Handlung, die eine eigene Verbrechensart bildet, zugleich unter den Thatbeſtand eines Gattungsverbrechens ſubſumirt werden kann, oder mehrere gleichartige Akte als Momente Eines Thatbeſtands zu betrachten ſind, β) wenn und ſoweit mehrere ideal zuſammentreffende Verbrechen einen gemeinſchaftlichen Thatbeſtand ihrem Begriff nach haben, γ) im Fall des fortgeſetzten Verbrechens, d. h. der aus Einem Entſchluſſe hervorgehenden ſucceſſiven Wiederholung eines Verbrechens in Beziehung auf ein Objekt, das unabhängig vom Willen des Handelnden für ſich eine objektive Einheit bildet; — b) daß, wenn die verdiente Strafe aus phyſiſchen oder rechtlichen Gründen nicht vollzogen werden kann, der Richter derſelben eine der Art nach verſchiedene, der Größe nach gleiche zu ſubſtituiren hat; — c) daß, wenn dem Verbrecher vor Erkennung der Strafe unverſchuldete Uebel von Seiten des Staats, in Beziehung auf ſein Verbrechen, zugefügt worden ſind, der Richter den Werth hievon an der zu erkennenden Strafe abzuziehen hat.

Anm. — Die hier in Verbindung gebrachten Punkte

würden nicht ſo häufig unter falſche Geſichtspunkte gebracht und im Einzelnen verwirrt worden ſeyn, wenn man das Eine Princip, worauf ſie beruhen, ſich klar gemacht hätte.

1) In der Lehre von der Konkurrenz [1]) iſt zwar durch manche verdienſtliche Bemühungen (beſonders von Schröter, Wächter, Mittermaier, Sander) vieler alte Wuſt hinweggeräumt worden. Gleichwohl hat ſich bei Gelegenheit der neuen Geſetzgebungen gezeigt, daß man gerade über das rechtliche Princip der ganzen Frage noch keineswegs einig iſt, und daß die meiſten vielmehr an alten, neu aufgewärmten Vorurtheilen hängen [2]). — Als ein heilſames Ergebniß jener gedachten doktrinellen Erörterungen kann zunächſt die größere Uebereinſtimmung über die zu unterſcheidenden Arten der Konkurrenz, ſowie über die davon auszuſcheidenden Fälle gerechnet werden, — wiewohl auch in letzterer Beziehung noch manche Erinnerung zu machen wäre [3]). Am einfachſten erweist ſich nämlich die, auch von der neueren Legislation angenommene Eintheilung der Konkurrenz in die ideale (gleichzeitige) und die reale (ſucceſſive), deren jede wieder in verſchiedenartige und gleichartige zu unterſcheiden iſt [4]). Was nämlich die ideale betrifft, ſo können durch Eine Handlung verſchiedene Strafgeſetze, oder es kann daſſelbe Strafgeſetz mehrfach übertreten werden (z. B. inceſtuoſer Ehebruch, — Eine Injurie gegen mehrere Perſonen). Was ferner die reale betrifft, ſo können verſchiedenartige Verbrechen

1) Literatur bei Wächter I. §. 122 und Mittermaier n. 1, zu Feuerbach §. 126.
2) Mittermaier n. 2 u. 3 a. a. O., und Note zu §. 131.
3) Z. B. gegen Heffter §. 163. II. b. Vgl. §. 164. n. 7.
4) Wächter I. §. 122. n. 96. Wirt. GB. Art. 123.

hintereinander begangen, oder es kann daſſelbe Verbrechen ſucceſſiv wiederholt werden, wobei jedoch der Fall des fortgeſetzten Verbrechens auszuſcheiden iſt. Weſentlich iſt nun aber, daß überhaupt vor Allem die wahren Fälle der Konkurrenz von den bloß ſcheinbaren abgeſondert werden. Auch hierüber ſind, beſonders von Schröter und Oerſted [1]), gute Bemerkungen gemacht worden; doch fehlt noch eine erſchöpfend richtige Darſtellung, die um ſo mehr Bedürfniß iſt, als ſie allein dem jetzt wieder einreißenden Irrthume, die ideale Konkurrenz überhaupt zu privilegiren, begegnen kann. Die weſentlichen Momente ſind oben unter α—γ zuſammengeſtellt. Dabei iſt ein Punkt, — nämlich der Fall, daß eine und dieſelbe Handlung ſich unter verſchiedene Geſichtspunkte bringen läßt, — ſoweit er nicht unter α) fällt, nicht weiter beachtet, weil er zwar im römiſchen Anklageprozeſſe von großer Bedeutung war, dieſe aber im Unterſuchungsprozeſſe verloren hat [2]). Zur beſſeren Ueberſicht dürfte folgende Tafel dienen:

I. Gleichzeitige Konkurrenz. Es handelt ſich um Eine Handlung in ununterbrochenem Verlaufe.

1) Die Handlung iſt eine in ſich einfache (z. B. stuprum, Verwundung, Brandſtiftung).

A. Sie involvirt nur Eine Willensrichtung. Hier iſt niemals Konkurrenz vorhanden. Wenn die Handlung ſich unter verſchiedene Geſichtspunkte bringen läßt, wenn ſie einerſeits eine ſelbſtändige Art, und andrerſeits das Beſondre einer Gattung bildet (wie z. B. Nothzucht im Verhältniß zur

---

1) Schröter Handbuch §. 153—160. Oerſted Grundregeln S. 394 ff.

2) Heffter §. 163. not. 2.

Gewalt, Ehebruch im Verhältniß zum stuprum), ſo kann immer nur von Einem Verbrechen die Rede ſeyn (α) [1]).

B. Sie involvirt verſchiedene Willensrichtungen. Hier iſt wieder zu unterſcheiden:

a) Die verſchiedenen Willensrichtungen betreffen Verbrechen, welche relativ denſelben Thatbeſtand dem Begriff nach vorausſetzen, wie z. B. bei inceſtuoſem Ehebruch jedenfalls das stuprum gemeinſchaftlicher Thatbeſtand iſt und begriffsgemäß ſeyn muß. Hier iſt relativ, d. h. ſo weit eben der Thatbeſtand nicht nothwendig gemeinſchaftlich iſt, Konkurrenz vorhanden (β) [2]).

b) Die verſchiedenen Willensrichtungen betreffen Verbrechen, welche ihrem Thatbeſtande nach weſentlich unterſchieden ſind: z. B. abſichtliche Tödtung durch doloſe Brandſtiftung, kulpoſe Tödtung durch doloſe Brandſtiftung, kulpoſe Tödtung durch kulpoſe Brandſtiftung. In ſolchen Fällen iſt kein gemeinſchaftlicher Thatbeſtand vorhanden, ſondern der Eine Akt des Verbrechens involvirt die Thatbeſtände verſchiedener Verbrechen. Daher liegt hier nicht nur relativ, ſondern ſchlechthin Konkurrenz von Verbrechen vor [3]). Eben dies findet daher auch ſtets beim qualifizirten Verſuch ſtatt.

---

1) Heffter §. 163. n. 2. Marezoll S. 155. n. 2. Das Zuſammentreffen mehrerer Schärfungsgründe bei Einem Verbrechen dagegen, — ebend. n. 1. vgl. *Schröter* de conc. del. S. 10. Wächter I. §. 122. n. 95 — iſt zwar keine Verbrechenskonkurrenz, wohl aber nach demſelben Princip zu behandeln. Andrer Meinung die PGO. Art. 163.

2) Grolmann Grundſätze §. 121. a. Abſ. 2. *Savigny* D. de conc. delict. S. 15. Vgl. Wächter I. S. 255 oben.

3) A. M. ſcheint Heffter §. 164. n. 7.

(Vgl. §. 128.) Und nicht minder bei mittelbaren Injurien, oder bei Injurien, die gegen mehrere Perſonen zugleich ausgeſtoßen werden [1]; denn die Eheverletzung iſt ein quantitativ abgeſchloſſenes Delikt, das ſo viele Male begangen wird, als Perſonen ſeinen Gegenſtand bilden. Daſſelbe gilt aus demſelben Grunde von allen Verbrechen gegen die unmittelbare Perſönlichkeit; es iſt Konkurrenz vorhanden, wenn Jemand Mehrere zugleich einſperrt, durch Einen Schuß Mehrere verwundet oder tödtet und dergl.

2) Die Handlung iſt in mehrere Momente zerlegbar;

A. Dieſe Momente ſind gleichartige, die ſich unter Einen Thatbeſtand zuſammenſchließen, z. B. es wird eine Reihe von Schmähungen hintereinander gegen Einen ausgeſtoßen; es wird Jemand durch mehrere ſucceſſive Verwundungen uno actu getödtet (α). Hier iſt keine Konkurrenz, ſondern nur Ein Verbrechen vorhanden. Während aber hier bei Verbrechen, die gegen die unmittelbare Perſönlichkeit gerichtet ſind, ſtets Eine und dieſelbe Perſon als Gegenſtand des Angriffs vorausgeſetzt iſt (im Gegenſatz vom vorigen Fall), ſo iſt dieſe Einheit der verletzten Perſon in andern Fällen nicht erforderlich. Es iſt z. B. nur Ein Verbrechen vorhanden, wenn uno actu Sachen, die Mehreren gehören, geſtohlen werden [2]; denn

---

1) Die von Mitermaier not. zu Feuerbach §. 131 gemachten Unterſcheidungen ſind ſehr willkührlich; die meiſten der dort angedeuteten Fälle ſind wahrhafte Konkurrenzfälle. S. auch Derſted S. 399 Note, und S. 395—397.

2) Derſted S. 394. Heffter §. 163. II. b.

daß Eigenthum inhärirt der Perſönlichkeit nicht unmittelbar, wie Leben, Freiheit, Körper, Ehre, und eben deshalb macht im Diebſtahl nicht die einzelne Perſönlichkeit, ſondern die allgemeine das Objekt des Angriffs aus. Ebenſo liegt nur Ein Verbrechen vor, wenn uno actu mehrere Häuſer angezündet, mehrere Aktenſtücke in derſelben Angelegenheit gefälſcht werden u. ſ. f. Immer aber verſteht ſich hier von ſelbſt, daß unter den angegebenen Vorausſetzungen auch an der Willensrichtung das Moment der Einheit geſetzt ſeyn muß.

B. Die Momente ſind verſchiedenartige, z. B. bei Raubmord, Betrug mittelſt Fälſchung ꝛc. Hier müſſen nothwendig auch immer mehrere Willensrichtungen vorhanden ſeyn, daher an der Anwendbarkeit des Begriffs der Konkurrenz nicht zu zweifeln iſt [1]).

II. Succeſſive Konkurrenz,

1) verſchiedenartiger Verbrechen; der gewöhnliche Fall der realen Konkurrenz.

2) Gleichartiger Verbrechensakte.

A. Liegen dieſen Akten ſelbſtändige Willensakte zu Grunde, ſo iſt wiederholtes Verbrechen vorhanden, was unter den Begriff der Konkurrenz fällt;

B. den andern Fall bildet das fortgeſetzte Verbrechen (γ), worüber unten.

Nun erſt iſt die weitere Frage, welche rechtliche Behandlung die wahren Konkurrenzfälle verdienen (I. 1. B. a. b. — 2. B. II. 1. 2. A.)? Welche Antwort hierauf das gemeine deutſche Recht gebe, iſt freilich vielfach beſtritten. Doch ſind hinſichtlich des römiſchen Rechts die

---

1) Heffter §. 164 a. E.

bewährteſten Schriftſteller darin einig, daß es bei der idealen, wie bei der realen Konkurrenz den Grundſatz: quot delicta, tot poenae [1]) zur Anwendung gebracht habe; — falls nur nicht mit der vorliegenden Frage ein ganz andrer Fall, nämlich das Zuſammentreffen mehrerer Strafen bei demſelben Verbrechen, verwechſelt wird. Auch hat Wächter gezeigt, daß bis zu Karpzows Zeit das römiſche Recht von der Doktrin im Ganzen nicht mißverſtanden wurde, da es am wenigſten als Mißverſtändniß gelten konnte, wenn ſchon die Gloſſe den Fall des fortgeſetzten Verbrechens und der Tödtung durch mehrere auf einander folgende Schläge von den Konkurrenzfällen ausſchied. Um ſo mehr iſt aber Streit darüber, ob auch das deutſche Recht jenem römiſchen Grundſatze folge, oder ob es nicht vielmehr, insbeſondre bei der idealen Konkurrenz, den Grundſatz: Poena major absorbet minorem aufſtelle [2])? Gewiß iſt, daß ſeit Karpzow dieſer Grundſatz, auch wohl mit der Konceſſion eines ſchärfenden Zuſatzes zu der poena major ſich vielfach in der Doktrin und Praxis, und zwar auch in Beziehung auf die reale Konkurrenz geltend machte, wenn gleich derſelbe keineswegs als ein allgemein angenommener gerechtfertigt werden kann, um ſo weniger, da in die Praxis die größte Principloſigkeit und die offenkundigſte Verwechslung ganz verſchiedener Fragen einriß [3]). Eben dies wirkt nun auch in den neuen Geſetzgebungen nach, denen theilweiſe noch von der

1) S. Wächter I. §. 123. n. 99. Heffter §. 164. Marezoll S. 152. n. 2. Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 126. Letzterer und Heffter n. 4 machen Modifikationen, die unbeſtimmt und willkührlich ſind.

2) Wächter a. a. O. n. 100. Marezoll a. a. O.

3) Wächter a. a. O. n. 99. 100.

Doktrin das Wort geredet wird, wenn ſie bei der vorliegenden Frage einem unerquicklichen Eklekticismus huldigen. — Man hätte den einfachen, von Schröter, Savigny, Grolman, Wächter vorgezeichneten Weg nicht verlaſſen ſollen, welche die Trennung der zwei Fragen verlangten: a) ob es gerecht ſei, dem Verbrecher alle verdienten Strafen zuzuerkennen? und b) was zu thun ſei, wenn die zu häufenden Strafen ſich aus irgend welchen Gründen nicht häufen laſſen? Es iſt allerdings nicht zu läugnen, daß die Zuſammenrechnung der Strafen, auch mit hinzugenommener Operation der Strafverwandlung, welche ad b) der einzige rechtsgemäße Ausweg iſt, zu der Nothwendigkeit führen kann und muß, Geſammtſtrafen auszuſprechen, die völlig unvollziehbar werden. Allein dadurch werden ſolche Geſammtſtrafen im Mindeſten nicht ungerecht, und das Geſetz, welches, um ſolchen Strafen vorzubeugen, den Grundſatz der Abſorption aufſtellt, giebt geradezu einen Freibrief zum Verbrechen. Von Seiten der Doktrin [1]) iſt es aber eine ſonderbare Forderung, daß man Gerechtigkeit und das, was praktiſch ſei, mit einander verbinden ſolle. Denn im Gebiete des Strafrechts iſt eben nur das Gerechte das wahrhaft Praktiſche; wenn aber die Ausführung des Gerechten auf Inkonvenienzen ſtößt, ſo iſt es nicht der richtige Weg, dem Gerechten das Ungerechte grundſätzlich zu ſubſtituiren, ſondern es iſt auf andre Weiſe zu helfen. Freilich wird denn aber theilweiſe behauptet, daß der Grundſatz: quot delicta, tot poenae, wenigſtens bei der idealen Konkurrenz, ſogar wider das Recht ſei. So z. B. ſagt Mittermaier, es müſſe überhaupt beim Zuſammentreffen mehrerer Verbrechen

---

1) Mittermaier n. 3 zu Feuerbach §. 126.

Eines Individuums dieſe Mehrheit von Verbrechen als ein Ganzes betrachtet und demgemäß bei verwirkten ſchweren Strafen die geringeren nicht beſonders angerechnet werden. Allein, da Mittermaier die Gerechtigkeit als Princip anerkennt, ſo war gerade hier die Berufung auf Carmignani [1]) am wenigſten am Platze, bei dem der gedachte Grundſatz eben nur aus einem dem Gerechtigkeitsprincip entgegengeſetzten Princip folgt, wie er denn auch den Richter hier mit einem Arzte vergleicht, der, wenn er nicht Zeit und Mühe verlieren wolle, auf das Hauptübel losgehen müſſe und ſich nicht mit den ſymptomatiſchen aufhalten dürfe. So lange man aber beim Rückfall nicht ebenfalls ſo argumentirt, d. h. die verwirkte neue Strafe, wenn ſie eine geringere iſt, in der früher erkannten größeren ſich abſorbiren läßt, ſo iſt man ſehr inkonſequent; und, wenn man etwa antwortet [2]), daß beim Rückfall im Gegentheil die neue Strafe ſtrenger ausfallen müſſe, weil der Verbrecher ſich durch die frühere nicht habe abſchrecken, beſſern laſſen, ſo zeigt dies nur, daß man an die Stelle der Gerechtigkeit überhaupt die Zweckmäßigkeit ſetzt, und daß man nicht einmal ein Arg daran hat, wenn die verſchiedenen Zweckmäßigkeitsgründe ſich widerſprechen. — Mehr Schein hat es ſchon, wenn die fragliche Behauptung auf die ideelle Konkurrenz eingeſchränkt wird. Hier beruft man ſich darauf, daß der Entſchluß nur Einer ſei [3]), oder auch umgekehrt darauf, daß die verſchiedenen Entſchlüſſe nur Eines Akts bedürfen [4]). Allein beide

---

1) Teoria delle leggi III. S. 235—237.

2) S. die neuen Geſetzgebungen u. Mittermaier ſelbſt §. 132 a zu Feuerbach.

3) Mittermaier not. zu Feuerbach §. 131.

4) Heffter §. 164. not. 7, der aber doch bei unbeſtimmten Strafgeſetzen das Richtige anerkennt.

Gründe können nichts entſcheiden. Denn der Eine Entſchluß involvirt mehrere ſelbſtändige Abſichten, und ebenſo umfaßt der Eine Akt verſchiedene dem Begriff nach ſelbſtändige Thatbeſtände. Es iſt aber keineswegs ein Grund einzuſehen, warum ein Verbrechen an ſeiner objektiven und ſubjektiven Größe das Mindeſte dadurch verlieren ſollte, daß noch ein zweites mit ihm verbunden wird. Nur ſo viel läßt ſich ſagen, daß, wenn die ideell konkurrirenden Verbrechen relativ denſelben Thatbeſtand (begriffsmäßig) haben, eben dieſer gemeinſchaftliche Theil nicht doppelt aufgerechnet werden kann (I. 1. B. a.). Oerſted [1]) meint, daß wenigſtens bei kulpoſen Vergehen von dem richtigen Princip eine Ausnahme zu machen ſei, da es hart ſeyn würde, denjenigen, der fahrläſſig mit Gift umgegangen ſei und dadurch den Tod mehrerer Menſchen verſchuldet habe, ſo vielmal, als die Zahl der Geſtorbenen betrage, wegen kulpoſer Tödtung zu ſtrafen, wie man ja auch bei fahrläſſiger Brandſtiftung nicht die abgebrannten Häuſer zähle. Allein offenbar iſt die Vergleichung mit der Brandſtiftung nicht treffend, da dieſe ein quantitativ nicht abgeſchloſſenes Verbrechen iſt, wie die Tödtung. Da ferner Oerſted anerkennt, daß bei dem Verſehen die Größe des Erfolgs als Erkenntnißgrund für die Unvorſichtigkeit ſehr in Betracht komme, ſo iſt nicht einzuſehen, warum er dieſem Erkenntnißgrund und dem daraus zu ziehenden Schluſſe nicht auch die konſequente Folge geben will. Die Härte wird von ſelbſt verſchwinden, wenn das Geſetz über kulpoſe Tödtung die nöthige Weite hat. — Iſt es aber ein nicht hinwegzuraiſonnirendes Gebot der Gerechtigkeit, daß jedem beſondern Verbrechen ſeine beſondre Strafe

1) Grundregeln S. 396. 397.

werde, und läßt ſich kein Grund einſehen, warum das Zuſammentreffen mehrerer Verbrechen in Einer Handlung oder gar nur in Einer Unterſuchung die geringern geradezu auslöſchen oder auch nur in ihrer Größe ſchmälern ſollte, ſo kann das von der neuern Geſetzgebung befolgte Syſtem principiell nicht gutgeheißen werden, ſofern dieſes, bei vielen Modifikationen im Einzelnen, doch weſentlich darauf hinausläuft, bei der idealen Konkurrenz unbedingt jene theilweiſe Abſorption anzuerkennen, und ſelbſt bei der realen die Sache ſo darzuſtellen, als bilde die Konkurrenz einen wahren, noch dazu ſehr exorbitanten, Strafmilderungsgrund. — Vielmehr kann eine gerechte Strafgeſetzgebung nur von dem gerechten Principe ausgehen, welches ſchon im römiſchen Rechte ausgeſprochen iſt. Will ſie aber ſich zugleich praktiſch zeigen, ſo thue ſie es nur an der rechten Stelle! Und gerade hier bleibt in der Regel ſo Vieles zu wünſchen übrig. Zuvörderſt ſind es gerade die abſoluten Strafgeſetze und die Todesſtrafe, welche wie ſie ſelbſt irrationale Dinge ſind, auch in dieſer Materie die meiſten Inkonvenienzen hervorbringen, da man doch wenigſtens inſoweit human iſt, daß man die Todesſtrafe nicht ſchärfen und nicht mit andern Strafen kumuliren will. Sodann aber entſtehen die vielen Härten bei Beſtrafung konkurrirender Verbrechen daraus, daß unſre Geſetzgebungen die unglückliche Sucht haben, die Begriffe der Verbrechen in möglichſt viele ſelbſtändige Arten zu zerſpalten, aus bloßen Verſuchen eigene Verbrechen zu konſtruiren, und den Strafcoder noch überdies aus dem Polizeiſtrafkoder zu rekrutiren. Hic est Rhodus! Würde man in dieſen Punkten das Uebel bei der Wurzel angreifen, ſo würde man weit weniger im Falle ſeyn, gegen Härten zu eifern, die man ſelbſt geſchaffen hat, und ſich

wegen überflüſſig geweſener Humanität zu beloben. Ein weiteres Erforderniß, woran es auch meiſt fehlt, wäre ferner eine größere Beweglichkeit des Strafſyſtems, insbeſondre eine größere Sorgfalt in Koordinirung und Subordinirung der Strafmittel [1]), namentlich um nur auf Ein Hauptübel aufmerkſam zu machen, die Verbannung des beliebten Syſtems der abſtrakten Konnexität der Ehren- und Freiheitsſtrafen, und eine größere Ausdehnung der nichtentehrenden Gefängnißſtrafe. Denn das iſt freilich nicht zu läugnen, daß bei den hergebrachten Strafſyſtemen nothwendig in Konkurrenzfällen Ausnahmen auf Ausnahmen gemacht werden müſſen, wenn man nicht inhuman und ungerecht zugleich werden will. Ein biegſameres Strafſyſtem würde aber gerade die einzig gerechte Aushilfe, welche ſich angeben läßt, — die Strafverwandlung erleichtern, und die Abſchaffung der irrationalen Strafmittel würde die Zahl der Fälle der Inkompatibilität der Strafen um ein Gutes vermindern. — Damit ſoll nicht geſagt ſeyn, daß hiedurch alle Schwierigkeiten abgeſchnitten wären; denn immer würde die Eine Hauptſchwierigkeit bleiben, welche in der gemeſſenen Dauer des menſchlichen Lebens liegt, da die Möglichkeit, ſo viele Verbrechen zu begehen, daß die Geſammtſtrafe unvollziehbar wäre, eine unendliche iſt. Hier iſt indeſſen zuvörderſt Ein Grundſatz zu erwähnen, der von der Doktrin, wie von der neueren Legislation vielfach befolgt iſt, der nämlich: daß in continuo vollzogene Freiheitsſtrafen in Beziehung auf ihre Intenſität nicht in arithmetiſcher, ſondern in geometriſcher Progreſſion wachſen, daß daher die Gerechtigkeit ſelbſt hier

---

1) S. die vielen treffenden Andeutungen bei Wächter, Strafarten und Strafanſtalten.

einen dieſem intenſiven Mehr entſprechenden Abzug an der Dauer fordere [1]). Ohne Zweifel iſt hiemit ſchon viel geholfen, und man muß ſich nur darüber verwundern, daß man dieſen Grundſatz, der doch für alle hinter einander zu erſtehenden Freiheitsſtrafen (alſo auch wenn ein ſchon rechtskräftig Verurtheilter oder ein Sträfling ein neues Delikt begeht, worauf Freiheitsſtrafe ſteht) wahr iſt, gleichwohl nur im Falle der Konkurrenz anerkennt [2]). Sodann aber bleibt es freilich immer noch möglich, daß bei konkurrirenden Verbrechen die Strafen inkompatibel ſind, z. B. wenn mehrere Ehrenſtrafen, wenn lebenslängliche Freiheitsſtrafen unter ſich oder mit kürzeren Freiheitsſtrafen, oder wenn ſo viele zeitlichen Freiheitsſtrafen zuſammentreffen, daß die Geſammtſtrafe (auch nach der zuvor namhaft gemachten Reduktion) die muthmaßliche Lebensdauer des Verbrechers überſtiege. Hier können nun zwar immer noch die Ehrenſtrafen in Freiheitsſtrafen verwandelt werden, aber eben bei dieſen kann und muß betreffenden Falls die Unmöglichkeit der Vollziehung eintreten. Hier entſteht jedoch die Frage, ob es denn überhaupt Sache der Geſetzgebung ſei, die Ausnahme für ſolche Fälle feſtzuſetzen, ob dies nicht vielmehr der Gnade überlaſſen werden müſſe? Die neuen Geſetzbücher laſſen in der Regel durch Todes- und lebenslängliche Freiheitsſtrafe alle andern Strafen abſorbirt werden [3]). Das Wirtembergiſche dehnt denſelben Grund-

---

1) Marezoll S. 156 unt. Kitka, Verfahren bei Abfaſſung neuer Geſetzbücher S. 124. Schüler, Beiträge S. 41. Hufnagel I. S. 251.

2) Das Wirt. GB. Art. 115. S. 2 geht einen Schritt weiter, bleibt aber doch wieder auf halbem Wege ſtehen.

3) S. z. B. Sächſ. GB. Art. 52. Wirt. GB. Art. 117. Wie verträgt ſich aber damit der Art. 128?

ſatz auf zeitliche Zuchthaus-, Arbeitshaus- und theilweiſe auf die Ehrenſtrafen aus [1]). Ferner beſchränkt dieſes den Uebergang vom zeitlichen zu lebenslänglichem Zuchthaus auf den Fall, wenn eines der zuſammentreffenden Verbrechen wenigſtens mit 20 Jahren Zuchthaus zu beſtrafen iſt und der Betrag der durch die übrigen Verbrechen verwirkten Strafen dem höchſten Maße der zeitlichen Zuchthausſtrafe ſich nähert (Art. 116). Das Sächſiſche Geſetzbuch erlaubt dem Richter, die Strafe zu kürzen, wenn die Geſammtſtrafe die wahrſcheinliche Lebensdauer des Verbrechers überſteigen würde (Art. 58). Der Badiſche Entwurf ſetzt geradezu ein Maximum von 30 Jahren feſt. Daß jene Abſorptionen dem Rechte zuwider ſeien, geſteht man ſelbſt, wenn man ſich die proceſſualiſche Frage vorlegt, ob nun die Verbrechen, deren Strafen abſorbirt werden, auch nicht zu unterſuchen ſeien [2])? Es liegt auch auf der Hand, daß hier der Gerechtigkeit abgebrochen wird, um entweder nur der Nothwendigkeit ſich zu fügen oder noch überdies einen Akt der Humanität auszuüben. Erſteres iſt nun allerdings etwas, das die Geſetzgebung anerkennen kann, ohne ihr Princip aufzugeben, wie ſie ja auch anerkennt, daß der Tod die Strafbarkeit tilge. Dagegen iſt Letzteres nicht ihre Sache, da vielmehr mit der oben gedachten Ausgleichung der Intenſität und der Dauer ihr Geſchäft beendigt iſt. Liegen nun Fälle vor, wo die geſetzlichen Schärfungsmittel der lebenslänglichen Freiheitsſtrafe nicht mehr ausreichen, um den Werth der Verſchuldung auszudrücken, ſo hört das Amt der Gerechtigkeit unter dem diktatoriſchen Gebote der Nothwendigkeit auf, wie es aufhört, wenn der Angeſchuldigte ihr

1) Wirt. GB. Art. 118. 119.

2) S. Hufnagel I. S. 641—649. II. S. 532. 901—903.

durch den Tod entzogen wird. Handelt es ſich aber um die Frage, ob überhaupt die lebenslängliche Freiheitsſtrafe geſchärft werden ſoll (eine Frage, die jedoch nicht auf den Fall der Verbrechenskonkurrenz zu beſchränken iſt), oder ob es in Fällen der Konkurrenz nicht der Humanität gemäß ſei, ſchon den Uebergang von zeitlicher auf lebenslängliche Freiheitsſtrafe zu beſchränken, oder gar dieſen Uebergang gänzlich auszuſchließen und ſich mit einem Maximum der zeitlichen Strafe (einem abſtrakten oder einem nach der wahrſcheinlichen Lebensdauer beſtimmten) zu begnügen, — ſo ſind dies Fragen, welche die bloß zur Feſtſetzung des Rechts berufene Geſetzgebung nicht löſen kann. Ihre Beantwortung muß derjenigen Gewalt überlaſſen werden, deren Amt überhaupt es iſt, die nothwendigen Härten des ſtrengen Rechts auszugleichen, der Gnade. — Muß aber dies für das Princip anerkannt werden, ſo kann man nun in zweiter Linie die Frage aufwerfen, ob es nicht, da es ſich hier von einem konſtant und gleichmäßig ſich wiederholenden Verhältniß handelt, angemeſſen ſei, daß die Gewalt, der es zuſteht, die Gnade zu ſpenden, ihr Vorrecht für die betreffenden Fälle ein für alle Male delegire? Und der Bejahung dieſer Frage ſcheint allerdings nichts im Wege zu ſtehen.

Beſondre Schwierigkeiten hat in der Doktrin und Geſetzgebung [1]) der Fall des fortgeſetzten Verbrechens gemacht. Zwar hat man nun wohl allgemein die alte Definition verlaſſen, wornach Alles auf die Identität des Gegenſtandes ankommen ſollte, da namentlich die

---

1) S. Mittermaier n. 1 u. 2 zu Feuerbach §. 128. Derſ. im N. Arch. II. S. 234 f. Sander ebend. 1836. S. 374 f. Trefurt ebend. 1838. S. 422 f. Mittermaier in Demme's Ann. I. S. 1 ff. Heffter §. 163 a. E. Marezoll S. 154. n. 1—3.

hiernach gemodelte Beſtimmung des bairiſchen Geſetzbuchs zu den ſonderbarſten Entſcheidungen geführt hatte (Gönner, Jahrbücher. I. S. 102. III. S. 156). Allein die weitere Beſchäftigung der Wiſſenſchaft mit der Sache hat noch zu keinem Abſchluſſe geführt, ſo daß das ſächſiſche [1]) und wirt. Geſetzbuch [2]) es für gerathen gehalten haben, geradezu von einer Definition Umgang zu nehmen und die fernere Entwicklung des Begriffs der Doktrin zu überlaſſen. Mit Recht macht nun Mittermaier [3]) gleich von vorn herein geltend, daß man weder das Verbrechen als Verletzung der Rechte beſtimmter Perſonen, noch als den wahren Gegenſtand des Verbrechens als ſolchen den unmittelbaren Gegenſtand der Handlung betrachten ſollte, — Bemerkungen, die in ihrer tiefen Wahrheit hier ſchon mehrfach gewürdigt und am betreffenden Orte angewendet worden ſind, die aber gerade bei der vorliegenden Frage um ſo weniger am Platze zu ſeyn ſcheinen, als es hier denn doch theilweiſe gerade auch auf den unmittelbaren Gegenſtand der Handlung ankommt, mit welchem bei manchen Verbrechen das Objekt des Verbrechens ſelbſt koincidirt. Die Erörterung mag ſich an die Verhandlungen der Wirt. Abg. Kammer anknüpfen! Der Entwurf (dem hannövriſchen folgend) forderte als Bedingungen (außer der Gleichartigkeit der Verbrechen): a) daß ſie infolge ebendeſſelben verbrecheriſchen Entſchluſſes, oder b) in Beziehung auf daſſelbe fortdauernde Verhältniß begangen worden, oder c) daß die mehreren Handlungen als Beſtandtheile einer und derſelben That zu betrachten ſeien. Dagegen wurde

---

1) Art. 49. Günther Bemerk. S. 37. Krug Studien I. S. 89.
2) Art. 122. Hufnagel I. S. 262. 263. III. S. 152—154. 646.
3) Demme's Ann. I. S. 5 ff.

mit dem Verf. der Bemerkungen ꝛc. [1]) eingewandt, daß die beiden erſten Requiſite zu weit ſeien, da darunter auch wahre Konkurrenzfälle enthalten ſeien, der Ausdruck: Verhältniß insbeſondre vag erſcheine, das dritte Erforderniß aber eine petitio principii involvire [2]). Es wurde dagegen vorgeſchlagen, Fortſetzung dann anzunehmen, wenn mehrere auf denſelben Gegenſtand oder einen unabgeſonderten Inbegriff von gleichartigen Gegenſtänden, oder auf denſelben Beſchädigten, oder, wenn auch auf mehrere Beſchädigte, doch auf denſelben Endzweck gerichteten Verbrechen derſelben Art infolge deſſelben verbrecheriſchen Entſchluſſes begangen werden. Da aber dieſer Definition eingewandt wurde, daß das Erforderniß des gleichen Endzwecks wieder viel zu weit führe, ſo wurde die dritte vorgebracht: mehrere gleichartige Handlungen, die, in ununterbrochener Reihenfolge vorgenommen, nur Ein Verbrechen bilden würden. Indeſſen konnte nicht entgehen, daß auch dieſe Beſtimmung theils unbeſtimmt ſei, theils eine petitio principii enthalte. Es wurde daher das Erforderniß der Einheit des Entſchluſſes wieder hervorgeſucht, jedoch wieder angefochten, weil die Praxis bisher auch dann fortgeſetzten Ehebruch angenommen habe, wenn Jemand im Ehebruch lebe, das Verhältniß abbreche und hernach infolge eines neuen Entſchluſſes wieder aufnehme. Das Reſultat war, wie geſagt, die Verweiſung der Frage an die Doktrin. — Zunächſt ſcheint nun aber vorerſt jeder Fall ausgeſchloſſen werden zu müſſen, wo es ſich von einer Mehrheit verbrecheriſcher Entſchlüſſe handelt; wenn die wirt. Praxis hier Fortſetzung annahm, ſo hatte ſie offenbar Unrecht. Denn, ſollen mehrere Akte als Ein Akt gelten können, ſo iſt

1) v. Kapff Bem. zum Wirt. Entw. S. 72–75.
2) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 11–14.

die Einheit vor Allem im Princip alles Handelns, im Willen zu ſuchen. Die Frage kann vielmehr nur ſeyn, ob die Einheit des Entſchluſſes genüge? Und dieſe iſt zu verneinen. Es darf auch, die Einheit des Entſchluſſes vorausgeſetzt, nicht durch die Wiederholung des Akts objektiv ein neues Verbrechen entſtehen (wie bei dem, der nach einander verſchiedenen Reiſenden räuberiſch auflauert) [1]. Es muß alſo auch an der objektiven Seite das Moment der Einheit geſetzt ſeyn. Wenn nun aber dies ſo ausgedrückt wird, daß die verſchiedenen Akte als Beſtandtheile Einer Handlung zu betrachten ſeyn müſſen, ſo iſt dies offenbar ein idem per idem. Die Frage iſt gerade, wie dieſe objektive Einheit näher beſchaffen ſeyn müſſe? Auch führt jene Beſtimmung dazu, Fälle, die nicht fortgeſetzte Verbrechen, ſondern in der That nur Ein Verbrechen ſind, als fortgeſetzte zu betrachten und daher einer ſtrengeren Behandlung [2]) zu unterwerfen, nämlich die oben unter I. 2. A. angeführten; — weßhalb denn die Definition, welche Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 128 giebt, an zu großer Unbeſtimmtheit leidet, da darunter auch jedes einfache, mehrere Akte umfaſſende, Verbrechen fällt. Bei näherer Beſtimmung der objektiven Einheit iſt nun aber wohl die Identität des Beſchädigten ganz bei Seite zu laſſen, da ſie für ſich nie der Grund iſt, warum man bloß ein fortgeſetztes, nicht ein wiederholtes Verbrechen anzunehmen hat. Dagegen ſcheinen die Erforderniſſe der Einheit des Objekts oder eines objektiven Verhältniſſes geeignet zu ſeyn, die Sache auszudrücken, ſobald ſie mit dem Momente der

---

1) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 7. 8.
2) Mit Unrecht will Roßhirt Entw. S. 150 dieſen Unterſchied nicht zugeben.

Einheit des Entſchluſſes zuſammentreffen [1]). Nur muß beides noch näher beſtimmt werden. Was nun aber a) den Ausdruck: fortdauerndes Verhältniß betrifft, ſo iſt er jedenfalls in ſeiner Allgemeinheit unrichtig [2]). Mit Recht konnte daher der Verf. der o. a. Bemerkungen fragen: ob es das Verhältniß des Verbrechers zu dem Beſchädigten oder zu ſeinem Mitſchuldigen, oder zu ſeiner Familie, oder zur Außenwelt überhaupt, oder ob ſeine Lebensweiſe, ſein Nahrungsſtand, ſein Gewerbe, oder der Gegenſtand, an welchem das Verbrechen begangen werde, gemeint ſei? Die Unbeſtimmtheit verſchwindet auch nicht, wenn Marezoll [3]) ſagt, es handle ſich von Fällen, wo nicht ſowohl der einzelne Akt, als vielmehr das ganze Verhältniß das Verbrechen begründe. Auch Mittermaier braucht den Ausdruck viel zu unbeſtimmt [4]). Es müßte näher geſagt werden: ein dauerndes objektives Verhältniß von rechtlicher Bedeutung. Dann iſt es nicht nöthig, von einem „Verhältniß der Vermögensloſigkeit, der Feindſchaft ꝛc." zu ſprechen und dadurch die Sache lächerlich zu machen. Jene Bezeichnung paßt wenigſtens auf den Ehegatten, der die eheliche Treue bricht, auf den untreuen Verrechner, auf den gewiſſenloſen Vormund; ſie paßt auch auf den Fall fortgeſetzten Inceſts oder fortgeſetzter Sodomie u. dgl., ſofern hier ein dauerndes Verhältniß von widerrechtlicher Bedeutung begründet wird. Indeſſen kann der Ausdruck überhaupt entbehrt werden, ſobald nur b) die Identität des Objekts auf die gehörige Weiſe beſtimmt wird. Hier iſt zuvörderſt an den oben gedachten Unterſchied ſolcher Verbrechen, die quantitativ abge-

1) Dieſes Moment fehlt bei Oerſted, Grundregeln S. 397. 398. Vgl. aber S. 411.
2) S. auch Mittermaier a. a. O.
3) L.B. S. 154; ebenſo Heffter §. 163 a. E.
4) Demme's Ann. I. S. 8 unten.

ſchloſſen ſind, von ſolchen zu erinnern, bei welchen das Gegentheil ſtattfindet. Tödtung, Körperverletzung ſind z. B. mit einem Individuum abgeſchloſſen; wer ſich mithin auf Einmal entſchlöße, eine ganze Familie umzubringen, der würde keinen fortgeſetzten Mord begehen. Ebenſo würde von bloß fortgeſetztem Ehebruch nicht die Rede ſeyn können, wenn Jemand ſich entſchlöße, mit mehreren Ehefrauen Ehebruch zu treiben, d. h. mehrere ehliche Verhältniſſe zu verletzen. Umgekehrt haben die Verbrechen gegen das Eigenthum keine ſolche ſchlechthin beſtimmte quantitative Grenze; daher iſt bloß fortgeſetztes Verbrechen vorhanden, wenn Jemand mit falſchem Maß und Gewicht fortdauernd Betrug verübt, wenn er die Leinwand von einer Bleiche auf mehrere Male ſtiehlt, wenn ein Dienſtbote aus der Geldkaſſe ſeines Herrn, wozu er ſich ein für alle Male den Zutritt eröffnet, mehrmals Entwendungen macht. Es iſt jedoch klar, daß bei den Verbrechen der letztern Art eine genauere Beſtimmung nöthig iſt, wo der Begriff der Fortſetzung ſeine Grenze habe. Wiederum giebt es eine Reihe von Verbrechen, bei denen der Akt, noch ſo oft wiederholt, das Objekt des Verbrechens nicht wachſen macht; dahin gehört der Ehebruch von Seiten eines Ehegatten, ferner blutsſchänderiſche, widernatürliche Unzuchtsverhältniſſe mit derſelben Perſon (dort iſt das Objekt die Heiligkeit des beſtimmten ehlichen Verhältniſſes, hier die Forderung der natürlichen Sittlichkeit gegenüber einer blutsverwandten, oder einer Perſon überhaupt); ebenſo die Prävarikation eines Advokaten gegenüber einem beſtimmten Klienten, die Defraudation eines Rechenbeamten in Beziehung auf eine beſtimmte Kaſſe, die Vorzeigung eines falſchen Paſſes bei verſchiedenen Behörden u. ſ. f. Bei dieſer Klaſſe von Verbrechen nun

bedarf es nur einer richtigen Beſtimmung des Objekts des Verbrechens als ſolchen, um den Unterſchied zwiſchen Fortſetzung und Wiederholung aufzufinden. Päderaſtie z. B. kann mit Einem Genoſſen in's Unendliche hin fortgeſetzt werden; dagegen entſteht mit jedem neuen Genoſſen ein neues Verbrechen. Die Produktion einer gefälſchten Sache (mit deren Fälſchung die Verletzung der fides publica ein für alle Male vorhanden iſt) kann beliebig fortgeſetzt werden; dagegen bildet jede neue Fälſchung ein neues Verbrechen. Die richtige Beſtimmung des Objekts ergiebt hier immer von ſelbſt, ob mit dem neuen Akt ein neues Objekt entſteht oder nicht. Dagegen ſind es die zuvor genannten, quantitativ unbeſchloſſenen Verbrechen, welche eine weitere Beſtimmung nöthig machen. Dieſelbe dürfte darin liegen, daß Fortſetzung anzunehmen wäre, ſobald an dem Gegenſtande der Handlung eine ſolche Qualität ſich findet, daß es glaublich gefunden werden kann, der Thäter habe die verſchiedenen Akte in die Einheit Eines Entſchluſſes zuſammengefaßt, d. h. nur dann, wenn das Objekt auch unabhängig von dem ſubjektiven Belieben des Thäters für ſich ein Ganzes bildet, nicht aber wenn die Vorſtellung einer ſolchen Totalität nur in der Willkühr des Thäters begründet iſt [1]). Von den ſechs Fällen, die Mittermaier [2]) aufzählt, ſind hiernach die Fälle 1. 2. 4 und 5 b. anzuerkennen, während in den Fällen 3 und 5 a. nur Ein Verbrechen anzunehmen ſeyn möchte. Was aber den Fall 6 betrifft, auf den er ganz beſonderes Gewicht legt [3]), ſo iſt wohl die Anwendung des

---

1) Damit iſt wohl das, was Mittermaier a. a. O. S. 14 unter 4) ſagen will, beſtimmter bezeichnet.

2) A. a. O. S. 8—11.

3) n. 1 u. 2 zu Feuerbach §. 128. Vgl. Martin §. 64.

Begriffs der Fortſetzung auf kulpoſe Vergehen ſowenig zu rechtfertigen, als die des Verſuchsbegriffs. Denn das Verſehen ſchließt gerade das Eine weſentliche Moment für den Begriff des fortgeſetzten Verbrechens, die Einheit des Entſchluſſes aus, der doch hier nur als poſitives Wollen gedacht werden kann, während das Verſehen weſentlich auf dem Nichtwollen beruht. In dem von Mittermaier[1]) angeführten Fall eines Apothekers, der in eine, die Aufſchrift eines oft angewendeten Heilmittels tragende, Büchſe Arſenik gebracht hatte und nun, im Laufe von zwei Tagen verſchiedene Male aus dieſer Büchſe diſpenſirend, acht Perſonen vergiftete, würde noch dazu die irrationale Nothwendigkeit entſtehen, eine fortgeſetzte Tödtung oder Körperverletzung an mehreren Perſonen anzunehmen, während doch gerade bei dieſen Verbrechen, ſelbſt die Einheit der Abſicht vorausgeſetzt, mit jedem neuen Objekt ein neues Verbrechen objektiv entſteht. In dem beſagten Fall lag die Tödtung von acht Perſonen vor, die nicht mehr und nicht minder beſtraft werden mußte, als wenn dieſe acht Perſonen in Einem Momente durch eine fahrläſſige Handlung umgekommen wären. Schon oben wurde gegen Oerſted bemerkt, daß kein Grund vorliege, in ſolchem Falle von den gewöhnlichen Grundſätzen über die ideale Konkurrenz abzugehen, da ja allgemein zugegeben wird, daß die Strafbarkeit des Verſehens mit der Größe der objektiven Rechtsverletzung ſteigt (ſofern dadurch die Fahrläſſigkeit als eine intenſivere erſcheint), durch gehörige Weite des Strafrahmens für kulpoſe Tödtung aber jeder Härte vorgebeugt werden kann. Behauptet doch auch Mittermaier[2]), es liege

1) Demme's Annalen I. S. 11.
2) A. a. O. S. 12.

nicht bloß fortgeſetzte Verläumdung, ſondern eine Konkurrenz mehrerer Verläumdungen vor, wenn Jemand zugleich ſich entſchließe, mehrere Perſonen zu verläumden. Mit Recht dagegen erklärt er ſich [1]) gegen die, allerdings ſcharfſinnige, Ausführung von Sander, wenn gleich ſeine Argumentation aus der moraliſchen Triebfeder den Kern der Sander'ſchen Anſicht [2]) nicht treffen dürfte. Denn dieſe läßt ſich, ganz ungetrübt von Einmiſchung moraliſcher Rückſichten, ſo ausdrücken: daß ſtets nur Ein Verbrechen vorliege, wenn ein Individuum noch ſo oft nur Ein Verbrechensobjekt angreife, nur Eine beſtimmte ſittliche Potenz (Leben, Freiheit, Heiligkeit der Ehe, fides publica ꝛc.) negire. Darin liegt auch gewiß etwas ſehr Wahres. Aber die Anſicht fehlt darin, daß ſie die Identität in der ſubjektiven Seite des Verbrechens abſtrakt zur Geltung bringt, und dem Objekt des Verbrechens, d. h. der objektiven Sittlichkeit ſelbſt, die unabhängig von dem ſubjektiven Meinen und Belieben des Verbrechers beſteht, ihr Recht nicht anthut, wie es ihr oben vindicirt worden iſt. —

2) Die Nothwendigkeit der Strafverwandlung [3]) wegen phyſiſcher oder rechtlicher Unmöglichkeit der Vollziehung der zunächſt verdienten Strafe iſt wohl allgemein zugegeben (nur Grolman Grundſätze §. 117 will, wenn wenigſtens ein Theil dieſer Strafe vollziehbar iſt, dieſen vollzogen und die Strafverwandlung ausgeſchloſſen wiſſen). Dagegen iſt auf verſchiedene beſtrittene Punkte aufmerkſam zu machen. a) Man hat hie und da

1) A. a. O. S. 16—18.
2) N. Arch. 1836. S. 374.
3) Wächter I. §. 120. Heffter §. 158. 159. Marezoll S. 140—142. Mittermaier zu Feuerbach §. 158. 159. Abegg §. 154.

behauptet, daß Strafverwandlung auch dann eintreten dürfe oder müſſe, wenn der Verbrecher die beſtimmte Strafe nicht für ein Uebel achte, ſondern etwa gar wünſche. Allein dieſe Behauptung fällt mit der falſchen Anſicht, daß die Strafe ein Uebel ſey, und daß ſie den Zweck der Abſchreckung zum Princip habe [1]). b) Man hat gefragt, ob auch der Stand des Verbrechens einen Grund zur Strafverwandlung abgebe [2])? Schon die älteren Kriminaliſten bejahten die Frage, wenigſtens bei arbiträren Strafgeſetzen, damit nicht Verbrecher gebildeteren Standes durch die nach der Volksanſicht beſchimpfende Qualität gewiſſer Strafarten eine gegenüber von andern vergleichungsweiſe härtere Strafe zu erleiden haben ſollen. Dieſe Anſicht vertheidigen auch noch Martin, Wächter, Heffter, dieſer jedoch nur unter der Bedingung, daß geſetzlich analoge Strafanſtalten oder zu ſolcher Berückſichtigung berechtigende Privilegien vorhanden ſeyen, — womit er eigentlich die entgegenſtehenbe Anſicht von Marezoll, Mittermaier ꝛc. beſtätigt, welche die Berückſichtigung des gedachten Mißverhältniſſes zwar der Geſetzgebung zur Beachtung empfehlen, dagegen dem Richter (wenigſtens bei beſtimmten Strafgeſetzen) ein Recht zur Verwandlung aus dieſem Grunde nicht einräumen. Letztere Anſicht verdient auch wohl den Vorzug, da es in keinem Falle Sache des Richters ſeyn kann, Fehler der Geſetzgebung zu korrigiren. Eine gewiſſe Rechtfertigung hatte die entgegenſtehende Anſicht und die ihr folgende Praxis allerdings an dem elenden Zuſtande des von der Geſetz-

1) S. Abegg Unterſ. Abh. I.

2) Heffter §. 158 n. 5. Marezoll S. 141. n. 2. vgl. Oerſted Grundregeln S. 375 ff. Martin §. 64. u. 4. Wächter I. 118. n. 85.

gebung verwahrloſten gemeinen Rechts. Mit Recht hat dagegen die neuere Legislation [1]) in dieſer Frage ihr Recht und ihre Pflicht gewahrt; und, wenn etwas dabei zu bedauern iſt, ſo iſt es nur der ariſtokratiſche Schnitt, den ihre Beſtimmungen tragen [2]). Auf die Bemerkung von Wächter ſodann: daß beſondre Nachtheile an der Standesehre und den Standesrechten, die einen Verbrecher infolge einer beſtimmten Strafe treffen, als Gründe relativer Strafminderung berückſichtigt werden ſollten, ſcheint Heffter treffend zu entgegnen, daß hiezu kein Grund vorhanden ſei, da jenes nur eine ſehr verdiente Rückwirkung auf das beſondere bürgerliche Verhältniß des Verbrechers ſei. c) Die Frage [3]), ob der Richter auch nach ausgeſprochenem rechtskräftigen Urtheile die ſchon erkannte Strafe noch verwandeln dürfe, gehört in den Prozeß.

3) Irrigerweiſe ſtellen Manche den, wegen unverſchuldet erlittener Uebel zu machenden, Abzug an der Strafe als eine Strafmilderung dar [4]). Die Sache ſelbſt iſt unbeſtritten. Nur ſetzen Doktrin und neuere Legislation häufig Beſchränkungen, die ſich mit dem hier ſtrikt zur Anwendung kommenden Princip der Gerechtigkeit keineswegs vertragen, ſo wenn ſie bloß unverſchuldet erlittenen Arreſt an verwirkter Gefängnißſtrafe in Abrechnung bringen, wie das ſächſ. Gb. (Art. 62.) [5]), oder wenn ſie zwar viel weiter gehen, wie das Wirt. Gb.

1) S. Mittermaier zu Feuerbach. n. 2 zu §. 143 u. n. 2 zu §. 159.

2) S. die Verh. der Wirt. Abg. Kammer bei Hufnagel I. S. 26. 29. vgl. III. S. 43—45.

3) Wächter I. S. 242 ob.

4) Dagegen Wächter I. §. 119. Marezoll S. 149. 150. Mittermaier n. 1. 2 zu Feuerbach §. 99. Heffter §. 157. n. 2. Abegg N. Arch. XVI. S. 155 ff.

5) S. Schüler Beitr. S. 49.

(Art. 114.), aber an der Todes- und lebenslänglichen Freiheitsſtrafe keinen Abzug zulaſſen [1]).

C. Die Schranken der geſetzgebenden und der richterlichen Gewalt.

§. 215.

Vornehmlich bei der Bemeſſung der Strafe für konkurrirende Verbrechen hat ſich gezeigt, daß Geſetzgebung und richterliche Gewalt Schranken haben, die ſie nicht überſpringen können, ohne ihre Natur aufzugeben. Allein nicht nur in dieſem Falle, ſondern allenthalben können dieſe Schranken hervortreten, weil dieſelben im Weſen der gedachten Staatsgewalten ſelbſt liegen. Einerſeits iſt nämlich das Geſetz nothwendig abſtrakter Natur; und andrerſeits iſt die richterliche Gewalt, welche die allgemeine Norm an der unendlichen Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle zu verwirklichen hat, nothwendig an die abſtrakten Grenzen der geſetzlichen Norm gebunden, ſo daß bei der für die Geſetzgebung beſtehenden Unmöglichkeit, alle konkreten Fälle in ihrer unendlichen Eigenthümlichkeit vorauszuſehen, ein Widerſpruch zwiſchen dem Zwecke des Geſetzes und ſeiner Vollziehung entſtehen muß, den die gedachten Staatsgewalten für ſich nicht aufzulöſen im Stande ſind. Indem aber hieraus das Bedürfniß einer, ſie zur Einheit vermittelnden, höhern Gewalt entſpringt, der die Macht gegeben ſeyn muß, die Endlichkeit jener Gewalten in ihrer Unendlichkeit aufzuheben, mithin das Geſetz ſelbſt für den einzelnen Fall zu mildern oder ganz zu negiren, ſo zeigt ſich zugleich, daß überhaupt die am endlichen Willen des Verbrechers ſelbſt ſich vollziehende Gerechtigkeit nur eine relative iſt, und daß es noch weitere Formen ihrer Erſcheinung geben muß.

---

1) Dagegen Heffter a. a. O. A. M. Feuerbach, Wächter u. A.

Anm. — Es iſt bei Gelegenheit der Verbrechens-konkurrenz (§. 214 Anm. 1.) auf die Begriffsverwirrung hingewieſen worden, welche darin liegt, wenn man eine nur der Gnade zuſtehende Ausgleichung des ſtrengen Rechts mit der Eigenthümlichkeit eines Falls, den das Geſetz, ohne ſeiner Konſequenz zu entſagen, nicht vorausbeſtimmen kann und darf, gleichwohl von der Geſetzgebung fordert. Hier iſt nun der Ort, daran zu erinnern, daß die ſtrenge Gerechtigkeit, auf deren unverrückter Handhabung allein das Vertrauen in die Strafgeſetzgebung und Strafjuſtiz beruht, nicht die einzige und letzte Form der Idee der Gerechtigkeit iſt, daß vielmehr gerade ihre relative und inſoweit endliche Natur die Nothwendigkeit einer höheren, ausgleichenden Gerechtigkeit ſetzt. In keinem organiſchen Syſteme iſt es aber zuläſſig, dem einen Gliede eine Funktion zu vindiciren, die zur ſpecifiſchen Beſtimmtheit eines anderen gehört; und es heißt nur die Pflicht der Gerechtigkeit gegen die Natur der Sache ſelbſt üben, wenn die Wiſſenſchaft auch hier darauf dringt: „jedem Elemente des Ganzen die Beſtimmungen ſeines beſonderen Fürſichſeins zuzutheilen."

II. Tod und Verjährung.

§. 216.

Die Wiederaufhebung der im Verbrechen geſetzten Verneinung am endlichen Willen des Verbrechers ſelbſt wird dann ausgeſchloſſen, wenn dieſes nichtige endliche Daſein durch einen Akt des Unendlichen ſelbſt aufgehoben wird. Die Strafe wäre dann nicht nur überflüſſig, ſondern, weil überflüſſig, auch ungerecht, ja ein Widerſpruch mit ſich ſelbſt, da ſie ſelbſt das Nochnichtaufgehobenſein jener nichtigen Exiſtenz vorausſetzt. Ein ſolcher reiner Akt des Unendlichen be-

thätigt ſich aber 1) in dem Tode des Verbrechers, wodurch die ſubjektive Exiſtenz des Verbrechens, der Wille des Verbrechers, aufgehoben und hiemit der Gegenſtand der Strafe hinweggenommen wird. Es kann daher in ſolchem Falle eine Unterſuchung nicht mehr eingeleitet, und die etwa ſchon eingeleitete muß abgebrochen werden, ſoweit ſie den Verſtorbenen betrifft. Wäre aber eine Strafe bereits rechtskräftig erkannt geweſen, ſo kann dieſe nicht mehr vollzogen werden, außer ſofern ſie das nur mittelbare Medium des Willens, das Vermögen, betrifft. Da in dieſem die Perſönlichkeit des Verbrechers nicht untergeht, ſondern von ſeinen Erben fortgeſetzt wird, ſo müſſen die Vermögensſtrafen von dieſen getragen werden, ſoweit die Erbſchaft reicht. Dadurch wird aber natürlich die civilrechtliche Schadenserſatzpflicht der Erben nicht berührt, wie es ſich auch von ſelbſt verſteht, daß die Nothwendigkeit der Herausgabe des durch das Verbrechen erlangten widerrechtlichen Erwerbs durch den Tod des Verbrechens nicht aufgehoben wird.

Anm. [1]) — Die Geſchichte unſeres poſitiven Rechts hat in dieſer Materie mehrere ſehr herbe Mißgriffe aufzuweiſen. Zwar ſpricht das römiſche Recht den Grundſatz aus: crimen extinguitur mortalitate, und als Ausnahme davon kann weder [2]) das betrachtet werden, daß der Tod des Verbrechers den fiskaliſchen Anſpruch auf die Commissa und Scelere quaesita, noch das, daß er die civilrechtlichen Anſprüche aus dem Delikte nicht aufhebt. Wohl aber enthält das römiſche Recht wahre, nicht zu rechtfertigende, Ausnahmen, indem es nicht nur übereinſtimmend mit dem älteſten germaniſchen Rechte [3]), Strafvollſtreckungen

1) Wie von Wächter I. S. 276 unter c. geſchieht.

2) S. hierüber Roßhirt Entw. S. 374 ff. vgl. mit Heffter §. 193.

3) Wilda S. 288—294.

gegen Todte und ihre unſchuldigen Erben kennt (beim Majeſtätsverbrechen), ſondern auch, wohl um Zuſammenhang mit dieſer Abnormität, Eröffnung oder Fortſetzung der Unterſuchung nach dem Tode des Verbrechers geſtattet (beim Majeſtätsverbrechen, Pekulat, Reſiduum, amtlicher Erpreſſung und Deſertion), insbeſondere um dem Fiskus das Vermögen des Angeſchuldigten zu verſchaffen. Mochte dieſe Behandlung urſprünglich bei den Privatdelikten und den aus ihnen hervorgegangenen crimina extraordinaria ihre Entſchuldigung finden, ſo fiel doch dieſe mit der Aufhebung des ordo judiciorum, da die meiſten Verbrechen die Natur der öffentlichen erhielten, hinweg [1]), während gleichwohl noch das neueſte Recht den Satz feſthielt, daß bei Privat- und außerordentlichen Verbrechen, ſobald accusatio mota geweſen ſei, der Proceß auch gegen die Erben fortgeſetzt werden könne. Daß man die Sache nicht für rechtlich anſah, beweiſt auch wohl theils dies, daß man bei ſtillſchweigenden Vermögenskonfiskationen die rechtskräftige Verurtheilung des noch lebenden Schuldigen ſelbſt als Bedingung für den Uebergang der Vermögensſtrafe auf Erbſchaft anſah, theils die wenigſtens einigermaßen mildernde Novelle Juſtinians bei den ausdrücklichen Konfiskationen, wie man denn auch als **Regel** bei den öffentlichen Verbrechen immerhin die aufſtellte, daß der Verbrecher ſelbſt die Verurtheilung, wenn auch nicht die rechtskräftige, erlebt haben müſſe [2]). Bedenkt man nun daneben den unſchicklichen Luxus, der überhaupt mit Konfiskationen getrieben wurde [3]), ſo muß man wohl geſtehen, daß

---

1) Heffter §. 192. n. 7.
2) Marezoll S. 162.
3) Derſ. S. 115.

das römiſche Recht in dieſer ganzen Materie keine ratio scripta war. — Auch das deutſche Recht war in dieſer Beziehung keineswegs ſo rein, als man wohl behauptet hat [1]), da die Volksrechte gleichfalls Vermögenskonfiskationen, ausdrückliche und ſtillſchweigende, in bedeutendem Umfange kennen [2]) „ohne daß die deutſchen Könige hierin von den Römern gelernt hätten." Wenn gleich die Rechtsſpiegel [3]) von ſtillſchweigenden Konfiskationen nichts wiſſen, ſo zeigen doch die Vorſchriften der P.G.O. darauf hin, daß mit geſetzloſen Maßregeln der Art ein arger Mißbrauch getrieben worden ſeyn muß [4]). Zwar ſcheint es, daß man gleichwohl wenigſtens darin beim Recht blieb, daß man die Verurtheilung des Schuldigen bei ſeinen Lebzeiten als Bedingung der Exequirung forderte, wie denn auch jedenfalls die P.G.O. in Uebereinſtimmung mit der italieniſchen Doktrin und Praxis die ſtillſchweigenden Konfiskationen verpönt [5]). Dagegen hielt ſich das deutſche Recht von wirklichen Strafvollſtreckungen gegen Verſtorbene keineswegs frei, indem nicht nur Geſetze die damnatio memoriæ und die Verſagung des ehrlichen Begräbniſſes als Strafe androhten, ſondern überdies Doktrin und Praxis ſogar Exekutionen am Leichname des Verbrechers für gerechtfertigt hielten, theilweiſe ſogar ohne bei Lebzeiten erfolgte Verurtheilung [6]). Auch war es wenigſtens inkonſequent, wenn die P.G.O. die Beſtimmung des römiſchen Rechts über die Publika-

---

1) Wächter I. S. 182 unten. Heffter §. 137. n. 2.
2) Wilda, a. a. O. u. S. 519—522.
3) Sachſ. Sp. II. 31. Schwab. Sp. c. 296.
4) Marezoll, S. 115.
5) Heffter, §. 137. n. 3. 4.
6) Heffter §. 169. n. 1. 2. §. 192. n. 10. 11. Kämmerer Beiträge ꝛc. n. 5.

tion der Güter des ſich ſelbſt entleibenden Kriminalangeklagten, obgleich ſie ſich nur auf ſtillſchweigende Konfiskationen bezog, dennoch beibehielt [1]). — Mit Recht hat die neuere Geſetzgebung in dieſer ganzen Materie geneuert. Nicht nur iſt die Vermögenskonfiskation überhaupt durch die neueren Verfaſſungsurkunden und Strafgeſetzgebungen meiſt ganz aufgehoben [2]), ſondern es iſt auch in Doktrin und Legislation allgemein anerkannt, daß der Tod die Strafbarkeit tilge, und daß nur rechtskräftig bereits erkannte Vermögensſtrafen auf dem Vermögen des verſterbenden Schuldigen haften [3]). Wenn Abegg ſagt, es verſtehe ſich, daß das Andenken des Verbrechers nicht das eines Unbeſcholtenen ſei, und daß der hiefür ſonſt eintretende Schutz nicht gewährt werden könne, ſo iſt dies ganz in der Ordnung, aber es läßt ſich nicht vertheidigen, wenn Heffter [4]), der in der Note die damnatio memoriæ und die Verſagung des Begräbniſſes nennt, offenbar viel weiter geht und andeutet, daß das Geſetz derlei auch zu abſchreckender Drohung benützen könne, gleichwie es auch nicht zu billigen iſt, wenn er die Exekution im Bildniſſe wenigſtens zu vertheidigen ſucht [5]). Uebrigens haben auch neuere Geſetzgebungen hier noch theilweiſe Reſte verjährten Unrechts zu tilgen, wie denn z. B. das zuvor angef. Wirt. Geſetz denn doch noch Ausnahmen zuläßt [6]); — wogegen es etwas ganz Andres iſt, wenn behufs der Eruirung anderweitiger Anſprüche, z. B. in Be-

1) Marezoll bürg. Ehre S. 330 ff.
2) Wächter I. §. 103. n. 41 a. E. Heffter, §. 139. n. 3.
3) Heffter §. 192 a. E. Marezoll. S. 161—163. Abegg §. 175. Wirt. Geſ. über die privatrechtl. Folgen. Art. 7.
4) §. 191. zu not. 5. vgl. Abegg S. 258.
5) §. 169. n. 2.
6) Wächter Erläuterungen zu dieſem Geſetz S. 41. not. 88 a.

ziehung auf die Haftung für die Unterſuchungskoſten oder in Beziehung auf die Penſionsanſprüche der Hinterlaſſenen und dgl. die Fortſetzung der Unterſuchung auch nach dem Tode des Angeſchuldigten angeordnet wird [1]. Mit den Vermögenskonfiskationen ſelbſt iſt dann übrigens namentlich auch die Strafvollſtreckung gegen den Kriminalangeklagten, der ſich ſelbſt entleibt, hinweggefallen.

Eine beſondere Heraushebung verdient indeſſen hier noch der Selbſtmord überhaupt [2]. Von demſelben wurde oben (§. 182) gezeigt, daß er ein Unrecht, jedoch ein geringeres Unrecht, als die Tödtung eines Dritten, und weſentlich auf derſelben Stufe mit der Tödtung eines Einwilligenden ſtehe. Es fragt ſich nun aber gleichwohl, ob dieſes Unrecht ſtrafbar ſei? Nach vorſtehendem Paragraphen muß dieſe Frage für den Urheber des vollendeten Selbſtmords verneint werden. Denn, wenn gleich in dieſem Falle der Tod durch den eigenen Willen des Individuums eintritt, ſo iſt der Erfolg doch immer der, daß es forthin an einem Gegenſtande der Strafe fehlt. Die That führt ihre Strafe mit ſich ſelbſt. Dies iſt von Feuerbach [3], ſo wenig auch der Grund, warum er den Selbſtmord für ein Unrecht erklärt, gebilligt werden kann, richtig ausgeſprochen worden; und nur dieſe Anſicht hält die richtige Mitte zwiſchen denjenigen, welche den Selbſtmord abſtrakt für ſtrafbar [4], und denjenigen, welche ihn abſtrakt für ſtraflos erklären. Es ergeben ſich aber daraus als praktiſche Konſequenzen:

1) Hufnagel I. S. 284 in der Note.
2) Vgl. Wächter N. Arch. X. S. 72 ff. 216 ff. 634 ff. Falk ebend. XI. S. 143 ff. Trummer Beiträge ꝛc. S. 290. Abegg Unterſ. S. 73 ff. Heffter §. 225—228. Marezoll S. 279. 280.
3) Lb. §. 241. vgl. Marezoll S. 279.
4) Man ſollte das Eſelsbegräbniß endlich der Geſchichte überlaſſen!

a) daß beim vollendeten Selbſtmord nichts darauf ankommen kann, ob der Thäter eines andern Verbrechens angeſchuldigt war oder nicht. Denn, wenn einmal anerkannt iſt, daß überhaupt eine Strafe nicht gedacht werden kann, wo es an dem endlichen Willen fehlt, an dem ſie zu ſetzen wäre, ſo kann man auch nicht mit dem römiſchen Rechte die Selbſtentleibung des Kriminalangeklagten als eine in fraudem legis geſchehene Handlung betrachten und der darin ausgeſprochenen conscientia criminis halber die Strafe wegen dieſes Verbrechens verhängen; b) daß die Strafloſigkeit des vollendeten Selbſtmords in Beziehung auf den Urheber weder die Strafloſigkeit des Gehilfen, noch die des Verſuchs mit ſich führt. Was die Beihilfe zum Selbſtmorde betrifft, ſo wird ſie nicht ſelten (ſo auch von den Mot. zum Wirt. Gb. [1]) mit der Tödtung eines Einwilligenden verwechſelt [2]). Ganz inkonſequent iſt es, wenn das Wirt. Gb. die Tödtung eines Einwilligenden beſtraft, dagegen die Beihilfe zum Selbſtmorde gänzlich ſtraflos läßt, und es iſt dies praktiſch um ſo bedenklicher, da nicht nur Beihilfe, ſondern auch Anſtiftung dem Selbſtmord vorkommt, die nach Wirt. Recht gleichfalls ſtraflos gelaſſen werden muß [3]). Mit Recht bezeichnet Hufnagel dies als Fehler, der im braunſchweig. Gb. (Art. 138), ſo wie im badiſchen und preuß. Entw. vermieden iſt. — Der Verſuch des Selbſtmords läßt Strafe ganz wohl zu, daher in dieſer Hinſicht die vielhundertjährige deutſche Praxis [4]), die ſich hier auch auf

1) Hufnagel II. S. 30.
2) Mittermaier zu Feuerbach §. 35 u. not. 2 zu §. 243.
3) Hufnagel II. S. 20—22. III. S. 287. 288. vgl. Kitka Zuſammentreffen ꝛc. S. 91 Note. Hitzig Annal. IV. S. 162 ff. Hier wurde mit Recht eine kulpoſe Anſtiftung nicht angenommen.
4) Heffter §. 226. 227.

das römiſche Recht berufen konnte, an ſich keinen Vorwurf verdient. Indeſſen iſt anzuerkennen, daß hier wieder einer der Fälle vorliegt, wo das ſtrenge Recht in der Regel in Konflikt mit der Eigenthümlichkeit des Falls kommt, da derartige Verſuche meiſt ihren Urſprung in einer krankhaften Seelenſtimmung haben werden [1]); und aus dieſem Grunde wird hier wiederum eine Delegation des Begnadigungsrechts am Platze ſeyn, ſowie man denn auch geſtehen muß, daß die von der Praxis angewendeten Strafen ſehr unpaſſend waren [2]).

Abgeſehen von den Diſſentienten hinſichtlich des Selbſtmords, ſind nun übrigens mit dem Grundſatze, daß der Tod die Strafbarkeit tilge, im Weſentlichen alle neueren Kriminaliſten einverſtanden. Nur iſt es eine oberflächliche Betrachtungsweiſe, wenn der Tod faſt allgemein nur eben unter den „faktiſchen Hinderniſſen" der Beſtrafung aufgeführt und wohl gar mit Flucht oder Krankheit des Verbrechers zuſammengeſtellt wird [3]). Denn abgeſehen davon, daß letztere Umſtände nur Strafaufſchubsgründe ſind, da ſelbſt geiſtige Krankheit nie für ſchlechthin unheilbar angeſehen werden darf [4]), ſo iſt es, wie gezeigt, ein tieferes Moment, was in dem fraglichen Grundſatze zur Erſcheinung kommt.

2) Als Gründe der Aufhebung der Strafbarkeit werden häufig noch weiter angeführt der Verzicht auf die Klage, die völlige Freiſprechung, und die Verbüßung der verwirkten Strafe. a) Nachdem in der neueren Doktrin und Geſetzgebung die Anſicht durchge-

---

1) Heffter §. 227. Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 243.
2) Wächter a. a. O. S. 646. n. 151. S. 652; ſ. dagegen auch Preuß. L.R. 803 f. Oeſtr. Gb. üb. ſchw. Poliz. Uebertr. §. 90 f.
3) S. z. B. Wächter I. §. 127.
4) Abegg §. 176. Marezoll S. 158 oben.

drungen iſt [1]) daß mit dem Geiſte des modernen Strafrechts die römiſchen Privatſtrafen nicht mehr verträglich ſeien, weil theils der verletzte Private nur vollen Schadenserſatz anzuſprechen habe, theils der Verbrecher nur gegenüber dem Staate ſtraffällig werde, ſo war es jedenfalls inkonſequent, wenn neuere Geſetzgebungen, wie die ſächſiſche und die wirtembergiſche, gleichwohl dem Verletzten eine Einwirkung auf die Strafe einräumten (um ſo mehr, wenn ſie denn doch eine Reihe von Privatſtrafen als ſolche, und beſonders die actio injur. aestimat. beibehielten) [2]). Indeſſen darf der Satz nicht mit Wächter umgekehrt und daraus, daß etwa Privatſtrafen in gewiſſem Umfange noch für zuläſſig gehalten würden, geſchloſſen werden, daß man dann auch die Beſtrafung gewiſſer Verbrechen überhaupt von dem Willen des Verletzten abhängig machen müſſe. Denn darin hat ohne Zweifel Wiſſenſchaft und Geſetzgebung unſerer Zeit vollkommen Recht, daß ſie den Begriff des Privatdelikts, aus welchem das Letztere folgt [3]), gänzlich aufgegeben haben. Sobald anerkannt iſt, daß das Verbrechen weſentlich nicht Läſion eines Einzelnen, ſondern Verletzung des Rechts als ſolchen iſt, das der Staat als Organismus der Rechtsidee zu vertreten hat [4]), ſo kann auch von einer Aufhebung der Nothwendigkeit der Strafe durch den Verzicht des Verletzten nicht mehr die Rede ſeyn. Damit iſt nun keineswegs geſagt, daß, „was Form und Natur des Strafmittels betrifft, die Strafe

1) S. die Mot. z. d. Wirt. Geſ. üb. d. privatr. Folgen. Art. 4.
2) Wächter Erläuterungen zu dem ang. Geſetze. S. 41—48.
3) S. Heffter §. 195.
4) Es genügt nicht mit Wächter zu ſagen: zunächſt ſolle der Staat ſtrafen, — und im Intereſſe der Geſammtheit werde geſtraft.

nothwendig und ſtets unmittelbar an den Staat abzutragen ſei"; vielmehr laſſen ſich allerdings ſehr viele der Privatſtrafen des gemeinen Rechts, zwar nicht allein, aber doch neben öffentlichen Strafen, ihrem Inhalte nach wohl rechtfertigen, wenn auch keineswegs aus ſämmtlichen von Wächter angef. Gründen [1]). Allein offenbar dürfte die moderne Geſetzgebung die gedachten Nachtheile eben nicht unter den Begriff der Strafe, ſondern ſie müßte ſie unter den des Schadenserſatzes ſtellen, wie denn auch Wächter in ihnen das „geeignetſte Mittel, dem Verletzten eine Genugthuung zu verſchaffen", findet. Müßte nun allerdings ein Verzicht des Verletzten auf dieſe Genugthuung durchaus zugelaſſen werden, ſo würde gleichwohl daraus nicht folgen, daß auch die Strafe des betreffenden Delikts von dem Willen des Verletzten abhängig gemacht werden müßte. In der That ſind denn auch die nur auf Klage zu beſtrafenden Delikte der neueren Geſetzgebungen ſonderbare Zwitterdinge, und wenigſtens im Wirtemb. Rechte ſtraft ſich der hier der ſog. Kriminalpolitik über das Recht eingeräumte Vorzug, wie zu erwarten war, durch eine Reihe von Inkonvenienzen und Kontroverſen — (beſonders in Beziehung auf den Art. 136) [2]). — Wenn mithin der Verzicht des Verletzten auf die Klage als Strafaufhebungsgrund nicht anerkannt werden kann, ſo muß dies allerdings b) mit der Freiſprechung und c) mit der Verbüßung der verwirkten Strafe geſchehen. Allein es iſt klar, daß dieſe Gründe im Syſteme keine eigene Stelle für ſich anſprechen können, da ja das ganze Strafrecht überhaupt dies zu ſeinem Inhalte hat, daß das Ver-

---

1) Beſonders nicht aus dem erſten. S. 42 unten.

2) Hufnagel Anmerkungen zum Straf-Gb. S. 130—138.

brechen durch die Strafe wieder aufgehoben werde, nach geſchehener Wiederaufhebung aber kein Gegenſtand der Strafbarkeit übrig bleibt. Von der Freiſprechung insbeſondre bemerkt Abegg [1]) richtig, daß dadurch nicht ſowohl eine verwirkte Strafe aufgehoben, als vielmehr erklärt werde, es ſei keine verwirkt, eben damit iſt aber geſagt, daß ſie nicht hierher gehört. Muß eine ſolche Erklärung nochmals wegen Nichtigkeit wieder aufgehoben werden, ſo iſt es dann ebenſogut, als ob ſie nie erfolgt wäre, und es fordert das Verbrechen ſofort ſeine normale Wiederaufhebung durch die Strafe. Bei beiden Ausſchließungsgründen wird insbeſondre noch die Frage aufgeworfen, ob ein Staat die in einem andern Staate erfolgte Verfügung anzuerkennen habe? Nach den oben (§. 192) aufgeſtellten Grundſätzen könnte dieſe Frage nur bei einem Ausländer praktiſch werden, der im Inland delinquirt und dafür im Auslande Beſtrafung erlitten hätte. Denn den Inländer, der im Auslande frevelt, hat das Inland nur im Namen des auswärtigen Staats zu ſtrafen, woraus von ſelbſt folgt, daß von einem ſtrafrechtlichen Einſchreiten im Inlande nicht mehr die Rede ſeyn kann, wenn ein ſolches ſchon im Auslande erfolgt iſt. Im erſtgedachten Falle aber muß ohne Zweifel der ſtrafberechtigte Staat das ausländiſche Erkenntniß, ſobald es nur auf geſetzmäßigem Wege ergangen iſt, anerkennen, da der Umſtand, daß ein andrer Staat in ſein Recht eingegriffen hat, ihn in keinem Falle berechtigen kann, gegen den Verbrecher eine empörende Ungerechtigkeit zu begehen [2]). Und zwar bleibt dieſer Grund auch dann in Kraft, wenn der

---

1) Lb. §. 415 Anm.

2) Abegg a. a. O. Marezoll S. 158. not. 6. vgl. Abegg N. Arch. 1834. S. 145. ff. 424 ff.

Verbrecher nach der Anſicht des ſtrafberechtigten Staats mit Unrecht freigeſprochen oder zu gelind beſtraft worden iſt (weil etwa das ausländiſche Geſetz die fragliche Handlung für erlaubt oder minder ſtrafbar hält, abſolut oder relativ). Daher kann auch die Anſicht von Heffter [1]) nicht gebilligt werden, der dem ſtrafberechtigten Staate nur die Verbindlichkeit auferlegen will, die bereits auswärts vollzogene Strafe an der inländiſchen in Abzug zu bringen. Wird nämlich einmal ſo viel anerkannt, ſo iſt es inkonſequent, nicht weiter zu gehen, da es doch wohl des Staates würdiger iſt, die ausländiſche Strafe, wenn er ſie überhaupt beachtet, in ihrem abſoluten Weſen, als in ihrer zufälligen Beziehung auf ſein Geſetz aufzufaſſen [2]). Uebrigens gehört das Nähere hierüber in den Strafproceß.

§. 217.

2) In der Verjährung, ſofern die unendliche Macht der Zeit theils das Andenken der That oder wenigſtens ihre verletzende Qualität aus dem allgemeinen Rechtsbewußtſein tilgen, theils die ſubjektive Tilgung des Verbrechens im Innern des Verbrechers mit ſich führen kann, hiedurch aber der Zweck der Strafe, der eben die objektive Genugthuung für das im Geſetze ausgeſprochene allgemeine Rechtsbewußtſein und mittelbar die ſubjektive Wiederaufhebung des Verbrechens im Innern des Verbrechers umfaßt, ſich aufhebt. — Aus den Gründen der Verjährung folgt aber zugleich die Nothwendigkeit ihrer Unterbrechung theils durch ſolche Handlungen des Staats, welche zeigen, daß die Verletzung aus dem allgemeinen Rechtsbewußtſein noch nicht entſchwunden iſt, theils durch ſolche Handlungen des Subjekts, welche

1) Lb. §. 181. n. 2.

2) Ueber die richtigen Grundſätze des wirt. Rechts, ſ. Hufnagel II. N. 883. III. S. 34.

zeigen, daß ſein Wille beharrlich dem Rechte widerſtrebt, alſo durch gerichtliche Schritte gegen den Thäter und durch neue Verbrechen deſſelben. Da jedoch nach einer ſolchen Unterbrechung die Gründe, welche die Verjährung rechtfertigen, von Neuem wirkſam werden (auch der ſubjektive, weil ſelbſt der beharrlichſte verbrecheriſche Wille ſich beſſern kann), ſo muß auch, wenn die Unterbrechung erfolglos geblieben iſt, die Verjährung von Neuem beginnen. — Die Gründe der Verjährung ſind ferner bei keinem Verbrechen ausgeſchloſſen, und deren verſchiedene Größe verlangt nur verſchieden beſtimmte Zeiträume der Verjährung. Endlich iſt es die Macht des (objektiven und ſubjektiven) Geiſtes, alle ſeine Negationen wieder aufzuheben; daher müſſen durch die Verjährung alle kriminellen Folgen des Verbrechens getilgt werden [1]).

Anm. — Es iſt zwar nicht richtig, wenn hie und da behauptet wird [2]), daß das Inſtitut der Verjährung von allen Kriminaliſten (wenn auch nur allen neueren) als ein nothwendiges anerkannt ſei. Denn nicht nur giebt es ſolche, welche ihm bloß eine poſitiv-rechtliche Nothwendigkeit beilegen [3]), ſondern auch ſolche, die es geradezu für abſolut- oder doch relativ-verwerflich [4]) erklären. Aber auch die, welche es billigen, begnügen ſich meiſt, politiſche Gründe dafür anzuführen [5]), oder erkennen zwar den objektiven, nicht aber auch den ſubjektiven Grund an [6]), die meiſten endlich ſprechen nur von der Verjährung der Unterſuchung, nicht auch von

1) Wirth, Ethik II. S. 336—338.

2) Z. B. von Gönner in ſeiner Schrift gegen Oerſted.

3) Z. B. Feuerbach §. 64.

4) S. die bei Mittermaier n. 2 zu Feuerb. §. 64 Angef., beſ. Oerſted, Bentham, Carmignani.

5) Thomaſius, Böhmer u. A.

6) S. jedoch Koch, princ. j. cr. §. 972. Stelzer, Kriminalrecht §. 243.

der Strafverjährung [1]). Dagegen zeigt ſich in den Geſetzgebungen das Bewußtſein der nothwendigen Forderungen des Begriffs weit entſchiedener. Einmal iſt das Inſtitut der Unterſuchungsverjährung dem römiſchen, wie dem gemeinen deutſchen Rechte, unzweifelhaft eigen, wenn man auch auf die im älteren germaniſchen Rechte vorkommenden Spuren weniger Gewicht legen will [2]). Denn jedenfalls war es ſchon von den älteren italieniſchen und deutſchen Schriftſtellern durchaus anerkannt [3]), wenn gleich über die Gründe, welche dem poſitiven Rechte hiebei zu Grunde gelegen haben, Streit iſt [4]). Sodann iſt es von allen neueren Legislationen (die engliſche ausgenommen) anerkannt worden [5]); und zwar haben mehrere dieſer neuen Geſetzgebungen mit Entſchiedenheit nicht allein den objektiven, ſondern auch den ſubjektiven Grund der Verjährung aufgenommen, wie namentlich das preuß. LR., das öſtr. und bairiſche, das ſächſ. und wirtemb. Gb. Endlich haben mehrere neueren Geſetzgebungen, wie namentlich wieder die wirtemb. und ſächſ. (ſ. auch den bad. Entw.) mit dem franz. Code auch die Strafverjährung anerkannt. — Die Einwendungen der beſonneneren Gegner ſind auch in der That nicht ſtichhaltig. So ſagt z. B. Oerſted [6]); a) gegen den objektiven Grund: durch die, wenn auch ſpät eintretende, Beſtra-

1) Vgl. noch beſonders Unterholzner, Verjährung II. §. 304 ff. Trummer krim. Beitr. III. 2. S. 237 ff. *Mangin*, Traité de l'action publ. en mat. crim. II. S. 101 ff.
2) N. Arch. X. S. 714. XIV. S. 191. not.
3) Heffter, §. 186. n. 2. Marezoll S. 164.
4) Wächter I. S. 265. 266.
5) Mittermaier, n. 3. 4 zu Feuerbach. §. 64.
6) Grundregeln ꝛc. S. 471 ff. Vgl. Abh. II. S. 255—259. III. S. 293 ff.

fung werde die Wirkſamkeit der Strafgeſetze befördert, während ſie durch die mittelſt des Verjährungsinſtituts zugeſicherte Strafloſigkeit in ihrer abſchreckenden Kraft beeinträchtigt werden. Ueberdies ſei es nicht richtig, daß durch die Zeit jedes Mal das Andenken an das Verbrechen ausgelöſcht werde, um ſo mehr, da durch die endliche Entdeckung des Thäters die Erinnerung neues Leben erhalten könne. Allein es iſt klar, daß das erſtere Argument mit der Abſchreckungstheorie, aus welcher es genommen iſt, dahin fällt. Das letztere aber dürfte gerade derjenigen konſtanten Anſicht widerſprechen, aus welcher man bisher am allgemeiſten die Verjährung rechtfertigen zu können geglaubt hat [1]). In der That handelt es ſich aber theils nicht ſowohl von dem empiriſchen Erinnern an die That, als davon, daß die Macht der Zeit ihre den allgemeinen Rechtsgeiſt verletzende Qualität im öffentlichen Bewußtſein allmälig austilgt, daß „nach Ablauf einer langen Zeit die That dem allgemeinen Rechtsbewußtſein als ein Fremdes, in welchem der allgemeine Geiſt nicht mehr ſich verletzt fühlt, gegenüberſteht," theils iſt nicht davon die Rede, daß in jedem konkreten Falle dieſe Wirkung in 20 Jahren eintreten müſſe, ſondern nur, daß ſie gewöhnlich in einem beſtimmten Zeitraum eintrete und allerdings, unter den Bedingungen des endlichen Lebens, irgend einmal auch eintreten müſſe. Iſt aber dies der Fall, ſo kann es ſich weiter nur davon handeln, daß die Geſetzgebung, die hier, wie überall, ein durchſchnittliches Maß annehmen muß, die Verjährungsfriſt richtig zu beſtimmen ſich bemühen ſoll, wofür es nun freilich kein abſolutes Maß giebt, wohl aber eine Reihe von Anhaltspunkten zu Gebot ſtehen. Dagegen

1) Vgl. Hufnagel I. S. 291.

muß die Einwendung Oerſteds gegen den häufig vorgebrachten Grund, daß durch den Zeitablauf der Beweis, insbeſondere der Entſchuldigungsbeweis erſchwert, wenn nicht unmöglich gemacht werde, als triftig anerkannt werden. Denn gewiß hat er Recht, wenn er ſagt, für Verbrechen, deren Beweis nicht mehr möglich ſei, bedürfe es keiner Verjährung, und die Behauptung ſelbſt ſei in ihrer Allgemeinheit unwahr. Eben daher iſt es auch ſehr unbeſonnen, wenn viele Kriminaliſten gerade nur auf dieſen lockern Grund das Inſtitut der Unterſuchungsverjährung bauen, und etwa gar noch von demſelben aus gegen die wahren Gründe derſelben oder gegen das Inſtitut der Strafverjährung polemiſiren! b) gegen den ſubjektiven Grund der Verjährung führt Oerſted an: ſo wenig wegen früheren guten Lebenswandels oder ſonſtiger moraliſchen Entſchuldigungen die Strafe wegfalle, ebenſo wenig könne der ſpätere gute Wandel die Strafſchuld austilgen. Dieſer Schluß iſt aber verfehlt; denn, wenn allerdings der erſte Theil der Behauptung ganz richtig iſt, weil der frühere gute Lebenswandel an dem vor Augen liegenden Verbrechen und ſeiner Schuld nichts mindern kann, ſo folgt daraus doch nicht, daß der Verbrecher nach begangenem Verbrechen ſich nicht beſſern und nach Ablauf längerer Zeit, wie die Wirt. Motive ſagen, als ein völlig umgewandelter Menſch daſtehen könne. Wenn nun die Frage iſt, ob ein ſolcher noch geſtraft werden ſolle, ſo iſt die Meinung bei der Verneinung der Frage nicht die, daß derſelbe wegen ſeines Wohlverhaltens belohnt, daß das rechtliche Moment dem moraliſchen zum Opfer gebracht werden ſolle; ſondern nur die, daß der eine Zweck der Strafe in dieſem Falle nicht mehr vorhanden, daß er durch die unendliche Macht der Zeit, der alles Endliche unterliegt,

bereits erfüllt worden ſei, daher nicht jetzt noch erfüllt zu werden brauche, wobei noch wohl zu beachten iſt, daß, wie dieſer ſubjektive Zweck der Strafe nicht ihr einziger oder überwiegender iſt, ſo auch dieſer ſubjektive Grund der Verjährung nicht als ihr einziger oder überwiegender geltend gemacht wird. Wenn Oerſted ferner auf das Problematiſche des Beweiſes der Beſſerung aufmerkſam macht, ſo hat er allerdings Recht, wenn er damit die moraliſche Beſſerung meint; allein von dieſer iſt ja, und kann vor dem Forum des Staats keine Rede ſeyn, dem es vielmehr an der Legalität genügen und der eine nicht offenbar gewordene Illegalität als Legalität hinnehmen muß. Mit Recht tadelt Oerſted die noch vom bair. Gb. gemachte poſitive Forderung einer guten Aufführung, welcher neuere Geſetzbücher den richtigen negativen Ausdruck ſubſtituirt haben. Ebenſo iſt beizuſtimmen, wenn er es abſurd findet, daß ſchon ein ganz geringes Vergehen die Verjährung unterbrechen ſoll [1]; allein auch hierin haben neuere Geſetzgebungen die Fehler der älteren theilweiſe verbeſſert. Dagegen iſt die Behauptung, daß es Verbrechen von ſolcher Intenſität gebe, daß ein ſpäterer untadelhafter Wandel keinen Gegenbeweis gegen die verdorbene Geſinnung des Thäters geben könne, willkührlich und ſich ſelbſt widerſprechend. Wenn endlich Oerſted die Behauptung anficht, daß es im Intereſſe des Staats liege, durch die Ausſicht auf Verjährung die Rückkehr zur Ordnung zu erleichtern, ſo kann ihm dieſer politiſche Grund preisgegeben werden, weil es ſich bei der ganzen Frage nur um das Recht, nicht um die Zweckmäßigkeit handelt. Wenn er aber dem ebengedachten Intereſſe das der Abſchreckung entgegen-

1) Uebrigens hat man gerade die Vermeidung dieſer Abſurdität dem wirt. Geſetzbuch zum Fehler angerechnet.

ſetzt, ſo fällt er in denſelben Fehler und zeigt nur, daß er den Kern der Frage über ihren Aeußerlichkeiten vergißt. — Ganz unzuläſſig iſt es aber, wenn von andrer Seite gegen die neuen Geſetzgebungen in der Richtung polemiſirt wird, daß man die Unterſuchungsverjährung des gemeinen Rechts, aus irgend welchen ſeichten Gründen, für gerechtfertigt annimmt, und nun gerade den Fortſchritt, deſſen die moderne Legislation ſich zu rühmen hat, ihr zum Vorwurf macht. Es liegt darin die Unfähigkeit, die Idee des Rechts von ihrer rechtsgeſchichtlich-geſtempelten Erſcheinungsform zu unterſcheiden, wenn nicht gar der doktrinelle Neid darüber, daß die Legislation hellere Augen hat, als die Schulgelehrſamkeit. Es ſtünde aber ſchlimm mit dem Inſtitute der Verjährung im Strafrechte, wenn es weiter keinen Grund hätte, als das Beſtreben, die Staatsbürger gegen chikanöſe Proceſſe zu ſichern. Wenn dann insbeſondere geſagt wird, eine verſpätete Juſtiz werde ſtets einen übeln Eindruck machen, das Publikum werde murren, wenn es Jemanden für längſt vergeſſene Jugendſünden darum noch büßen ſehe, weil er in der Zwiſchenzeit eine ſiebenmonatliche Gefängnißſtrafe zu erſtehen gehabt habe, — ſo iſt es doch höchſt ſonderbar, die Sache ſo anzuſehen, als würde der Verbrecher im fraglichen Falle nur wegen des neuen Vergehens zum Märtyrer, und als wäre das Begehen neuer Verbrechen eben nur eine Art von Fatalismus, in den man gewiſſermaßen ohne Schuld verfallen könne, ganz abgeſehen davon, daß das gemeine Recht, das als Muſter vorgehalten wird, ſogar unverjährbare Verbrechen kennt [1]), und daß ja auch das gemeine Recht eine Unterbrechung der Verjährung ſtatuirt,

---

1) S. Mittermaier, not. 1 zu Feuerbach §. 65.

die ganz dieſelben Folgen nach ſich ziehen kann [1]). Auch verräth es wenig Konſequenz, hier der neuen Geſetzgebung Mangel an Humanität vorzuwerfen, und andrerſeits wieder den höchſt humanen Milderungsgrund wegen theilweiſen Ablaufs der Verjährungszeit [2]) zu bemäkeln. Wenn ferner geſagt wird, ſolche Begriffe von Beſſerung, wie ſie die fraglichen Geſetze involviren, müſſen nothwendig das Volk verwirren, ſo iſt dies eine gewiß ungegründete Furcht, da theils zur Einſicht des Unterſchieds zwiſchen moraliſcher und juridiſcher Beſſerung kein Uebermaß von Scharfſinn gehört, theils dem geſunden Sinne des Volks die tiefe Wahrheit, die in der fraglichen Beſtimmung der neuen Geſetzgebungen enthalten iſt, ohne Zweifel viel näher liegt, als deren Kritiker [3]). Das einzige, was man in dieſem Punkte ausſetzen kann, iſt dies, daß die neueren Geſetzgebungen ſchon durch minder bedeutende Vergehen die Verjährung unterbrechen laſſen und daß, wenn ſie hievon denn doch die bloßen Polizeivergehen ausſchließen, der Uebelſtand der hergebrachten begriffloſen Unterſcheidung zwiſchen gerichtlichen und Polizeivergehen ſich fühlbar macht [4]). — Mit vollem Rechte haben das ſächſ. und wirtemb. Gb. auch die Strafverjährung aufgenommen, indem die wirtemb. Motive ganz richtig ſagen: auch hier treffen die beiden Gründe zu, daß das Andenken an das Verbrechen allmählig verſchwinde und der ehemalige Verbrecher ſich im Verlaufe der Zeit als ein ganz veränderter Menſch darſtellen könne; wobei ſie noch mit Recht darauf hinweiſen, daß ja auch die Unterſuchungs-

1) S. Heffter, §. 189. n. 9.
2) Wirt. Gb. Art. 113. Vgl. Mot. zum bad. Entw. S. 87.
3) Hepp, Komm. I. S. 935. 936.
4) Vgl. Oerſted, Abh. III. n. 293 ff.

verjährung nach bereits gefälltem Erkenntniß laufe, falls daſſelbe nicht eröffnet werden kann, welcher Fall von dem der Strafverjährung gewiß ſehr unbedeutend differirt.

Die Frage, von welchem Zeitpunkte die Verjährung beginne, bietet bei einigen Verbrechen Schwierigkeiten dar, die beſſer im beſondern Theile erörtert werden [1]. Ebenſo kann hier die Frage, wie die Verjährungszeit zu berechnen ſei, übergangen werden [2]; daß ſie jedenfalls als tempus continuum zu nehmen ſei, geht aus den oben angenommenen Gründen der Verjährung hervor, für die es gleichgültig iſt, ob es dem Gerichte in der Zwiſchenzeit möglich war, ſeine Strafgewalt auszuüben, oder nicht [3]. Gleicherweiſe entſcheidet ſich aus dem Principe von ſelbſt die Frage über die Unterbrechung der Verjährung und den nachherigen Wiederbeginn derſelben, welche im gemeinen deutſchen Rechte ſo ſehr beſtritten iſt [4].

Was endlich die Wirkung der Verjährung betrifft, ſo iſt von der Unterſuchungsverjährung allgemein angenommen [5], daß ſie alle ſtrafrechtlichen Folgen des Verbrechens tilge, wobei nur darüber geſtritten wird, ob ein verjährtes Verbrechen bei ſpäterem Rückfall als Schärfungs- oder wenigſtens als Straferhöhungsgrund zu berückſichtigen ſei [6]. Zweifelhafter iſt die Sache bei der Strafverjährung, indem man hier die Frage auf-

1) S. Bauer, Lb. §. 134. not. a. Mangin a. a. O. II. S. 161 ff. Hufnagel I. S. 300. 301. III. S. 648.

2) Wächter I. §. 126. n. 12. Heffter, §. 189.

3) Vgl. übrigens wirt. Gb. Art. 130. n. 3 und Abegg, Krit. des preuß. Entw. S. 222.

4) Wächter I. §. 126. n. 13. Mittermaier, n. 1 u. 3 zu Feuerbach §. 67.

5) Abegg §. 174. Heffter §. 190.

6) Mit Unterholzner II. S. 467 verneint dies das wirt. Gb. Art. 126 und die wirt. Praxis. Hufnagel II. S. 524. 534.

werfen kann, ob auch die nachtheiligen Folgen der Strafe für die Ehre durch die Verjährung getilgt werden ſollen, während dieſelben bei wirklicher Erſtehung der Strafe dauernd an dem Schuldigen haften? Das wirt. Gb. Art. 129 verneint die Frage [1]), während der Entwurf ſie bejahte. Es ſcheint aber der Entwurf hier den Vorzug zu verdienen, da die Vergleichung des Falls der Verjährung mit dem der Erſtehung der Strafe überhaupt unzuläſſig, und die gegentheilige Beſtimmung ein Widerſpruch in ſich ſelbſt iſt. Nur freilich ſollte auch nach erſtandener Strafe unter der Bedingung des Wohlverhaltens binnen einer beſtimmten Friſt eine restitutio famae geſtattet ſeyn [2]).

III. Begnadigung.

§. 218.

Die §. 215 aufgewieſene Endlichkeit der geſetzgebenden und der richterlichen Gewalt ſetzt die Nothwendigkeit einer dritten, ſie zur Einheit vermittelnden Gewalt, deren Beſtimmung es iſt, eben in den Fällen, wo jene Endlichkeit hervortritt, in's Mittel zu treten und die der Eigenthümlichkeit des Falls unangemeſſene Strafe des Geſetzes, von welcher die richterliche Gewalt nicht abweichen darf, aufzuheben oder zu mildern. Dieſer Akt, die Begnadigung, zeigt ſich wirklich als die wahre Vermittlung der geſetzgebenden und vollziehenden Gewalt, ſofern ſie einerſeits, in der Anwendung des Geſetzes auf einen einzelnen Fall, eine vollziehende, andrerſeits,

---

1) Verh. der wirt. Abg.-Kammer. Sitzung 23. S. 55—60. Oerſted Abh. III. S. 307—309.

2) Vgl. die angef. Verh. Sitz. 11. S. 23—50, u. meinen Bericht darüber Hall. Jahrb. 1838. nr. 90.

in der Aufhebung oder Aenderung des Geſetzes, zugleich eine ſelbſt geſetzgebende Thätigkeit iſt. Eben darin, daß dieſe Einheit der Funktionen der geſetzgebenden und vollziehenden Gewalt in der Begnadigung liegt, beruht nun die Nothwendigkeit, daß das Recht dazu nur derjenigen Staatsgewalt zuſtehen kann, der es gerade zukömmt, die vermittelnde Einheit aller beſondern Staatsgewalten darzuſtellen, d. h. dem Staatsoberhaupte. — Zugleich vollzieht ſich aber in der Begnadigung eine weitere Vermittlung: die der beiden bisher erörterten Wiederaufhebungsweiſen des Verbrechens, ſofern in ihr, wie im Tode des Verbrechers und in der Verjährung, die Macht des Unendlichen hervortritt, aber nicht, wie dort, als ein objektiver Akt, ſondern, wie in der Strafe, als ein durch das Medium der Subjektivität, nämlich durch das Staatsoberhaupt, als das Subjekt des unendlichen Willens, ſich verkündender. — Eben hierin liegt die tiefe Bedeutung dieſes höchſten Vorrechts, in welchem der objektive Gang des Staatslebens die Nöthigung empfindet, ſich aus ſich ſelbſt heraus und in das Medium der ſubjektiven Sittlichkeit zurückzubewegen, damit die, in den objektiven Formen nicht zu realiſirende, wahre Gerechtigkeit aus dem Gewiſſen des höchſten Willens in unendlicher Reinheit hervorgehe. In dieſem Akte des höchſten Gewiſſens bethätigt ſich der über den objektiv ſittlichen übergreifende abſolute Wille, der in ſeiner Unendlichkeit ſelbſt reine Subjektivität iſt, weshalb die Begnadigung das höchſte, göttliche Recht des Staatsoberhaupts ausmacht. Denn ſein Gewiſſen ſchaltet hier als abſoluter Wille mit dem Recht und Wohl des Individuums; aber eben in dieſer ungeheuren Macht liegt auch ihre ungeheure Verantwortlichkeit, die an kein Geſetz gebunden ſeyn kann, da ja eben in dem Gewiſſen des Regenten die Endlichkeit des Geſetzes ihre höhere Ergänzung finden ſoll. Indem aber gerade nur dies die Aufgabe der Begnadigung iſt, ſo iſt ſie ihrem Begriffe nach

nichts, als die durch das Subjekt des unendlichen Willens ſich realiſirende, das Geſetz in ſeine Wahrheit verklärende, Idee der Gerechtigkeit ſelbſt [1]).

Anm. — Die merkwürdige Polemik Kants (Metaph. Anfangsgründe S. 206) gegen das Begnadigungsrecht, das er nur beim Majeſtätsverbrechen zulaſſen will, erklärt ſich aus ſeiner fehlerhaften Vorſtellung vom Verbrechen als einer bloßen Läſion der Rechte einer Perſon [2]). Deshalb nämlich ſoll in Beziehung auf Verbrechen der Unterthanen gegen einander ein Nachlaß der Strafe nicht ſtattfinden können, weil dadurch das Recht des Verletzten auf die Strafe verletzt würde [3]). Wenn dies mit der falſchen privatrechtlichen Auffaſſung des Strafrechts bei Kant zuſammenhängt, ſo ſteht die weitere Bemerkung, — daß auch beim Majeſtätsverbrechen die Begnadigung nicht ſtattfinden dürfe, wenn durch Ungeſtraftheit dem Volk ſelbſt in Anſehung ſeiner Sicherheit Gefahr erwachſen könnte, — mit der anderweitigen falſchen Auffaſſung des Strafrechts als Sicherungsrechts in Verbindung, welche zwar von Kant nicht durchgeführt, aber in ſeiner geſammten Anſchauung des Rechts und Staats überhaupt begründet iſt. Andre Einwendungen [4]), die gegen das fragliche Recht gemacht worden ſind, z. B. es beruhe auf der Vorausſetzung, daß die Strafgeſetze ihren Urſprung blos in dem Willen des Regenten, nicht in den Bedürfniſſen des Volks und den Forderungen

1) S. Wirth Ethik II. S. 181—183. 319. Abegg L.B. §. 168. Oerſted Grundregeln. S. 453—471.

2) Ebenſo Bergk Ueberſ. des Beccaria I. S. 208. ff.

3) Vgl. dagegen Zachariä deutſches Staatsrecht. II. S. 210. 211.

4) Literatur bei Klüber Oeff. Recht, §. 378. u. Feuerbach §. 62. n. 6. Marezoll S. 167 n. 1. vgl. beſonders Bayl Beitr. I. S. 122—144.

der Gerechtigkeit haben, — es benehme den Strafgeſetzen ihre wohlthätige Kraft, vom Verbrechen abzuſchrecken, und gebe das koſtbarſte Intereſſe der bürgerlichen Geſellſchaft der Laune preis, — es führe zu Ungerechtigkeiten, indem es nicht gleichmäßig ausgeübt werde, — es ſchwäche die Achtung des Volks für die Rechtspflege und ſein Vertrauen zu der unpartheiiſchen Handhabung der Gerechtigkeit ohne Anſehen der Perſon, — ſind theils geradezu verkehrt (wie die erſte und die von der Abſchreckungstheorie hergenommene, der von Feuerbach [1]) umgekehrt der Satz entgegengeſtellt wird, daß die Begnadigung nöthig ſei, um die abſchreckende Autorität des Geſetzes aufrecht zu erhalten, wenn die volle Strenge des Rechts in Grauſamkeit übergehen und dadurch moraliſchen Abſcheu gegen das Geſetz oder Gleichgiltigkeit gegen deſſen Strafe hervorbringen müßte, ſowie er auch von dem Sicherungszwecke den weiteren, ganz treffenden, Rechtfertigungsgrund hernimmt [2]), daß das Begnadigungsrecht dazu diene, den rechtlichen Zuſtand gegen dringende Gefahren zu erhalten, gegen welche die Hilfe der ordentlichen Mittel mit Sicherheit nicht zu erwarten ſei), theils ſind ſie im höchſten Grade oberflächlich, da ſie nur die mißbräuchliche Anwendung, nicht das Recht ſelbſt treffen, ja deſſen Kern nicht einmal berühren [3]). Auch die neuerdings noch von Mittermaier u. A. [4]) vorgebrachten Bedenklichkeiten treffen nicht die Sache ſelbſt, ſondern nur ihren Mißbrauch, da es doch wohl keineswegs in der Idee des Begnadigungsrechts liegt, daß

1) L.B. §. 63 unter 3).
2) A. a. O. unter 2).
3) Oerſted a. a. O. 454. 455.
4) N. 1 zu Feuerbach §. 63. Trummer Beitr. zur Phil. S. 186. Zirkler in Weiske's Rechtslex. H. V. S. 802.

es zur Möglichkeit ſeiner Ausübung eine an und für ſich ungerechte und unvernünftige Strafgeſetzgebung vorausſetze[1]), und ebenſo wenig die Idee des Rechts der Mißbrauch ſeiner ungleichmäßigen Ausübung angemeſſen iſt. Zwar liegt nun der wahre Grund des in Rede ſtehenden Rechts auch nicht in den vorhin namhaft gemachten Gründen Feuerbachs; wohl aber führt dieſer ſelbſt[2]) auch den allein richtigen an, wie ihn denn auch die meiſten neuern Kriminaliſten anerkennen. Nur freilich genügt es nicht, wenn man ſich meiſtens nur auf die „endliche Unvollkommenheit irdiſcher Geſetzgebung, deren Ideal nun einmal nicht realiſirt werden könne," beruft, da vielmehr aus dem Weſen der Geſetzgebung ſelbſt und dem Weſen ihres Verhältniſſes zur richterlichen Gewalt die Nothwendigkeit der Schranke hervorgeht, woraus das Bedürfniß einer höheren, vermittelnden Gewalt entſpringt. — Schon oben war mehrfach davon die Rede, daß es gewiſſe konſtante, einen Begnadigunsakt rechtfertigende, Verhältniſſe gebe, bei welchen nichts im Wege ſtehe, das Recht dazu im Wege der Geſetzgebung zu delegiren. Die Frage iſt nur, ob dies ſich eben in denjenigen Fällen billigen laſſe, wo das poſitive Recht es vorſchreibt, beſonders aus den blos politiſchen Gründen, um die Entdeckung eines Verbrechens oder die Verhinderung weiterer Nachtheile deſſelben, oder den Rücktritt von der Ausführung zu erleichtern, was wohl zu verneinen iſt[3]). Denn, wenn auch der freie Akt der Gnade im konkreten Fall ſolcher Art ſich rechtfertigen

1) Vgl. Marezoll S. 168. n. 5.

2) §. 63 unter 1); vgl. Marezoll S. 168. Oerſted a. a. O. Zachariä Staats-R. II. S. 209—216. Abegg a. a. O. Roßhirt Entw. §. 70—72.

3) Heffter §. 185. n. 1. vgl. Marezoll S. 168. n. 1. vgl. Oerſted S. 460. 461. Wirth II. S. 183.

laſſen ſollte, ſo iſt es doch gewiß, wie Oerſted richtig andeutet, höchſt mißlich, aus einer höchſtens im Nothfalle von der Regierung zu treffenden Veranſtaltung eine allgemeine geſetzliche Regel zu machen, auf welche gerade die ſchlechteſten Subjekte ſich eine feſte Rechnung machen und darauf hin, während ſie Andere boshaft in's Verderben locken, für ſich ſelbſt Strafloſigkeit ſchon von den Gerichten ertrotzen können (welches letztere Abegg[1]) ohne Grund in Abrede ſtellt). Dagegen gehört hierher der oben erwähnte Fall der Verbrechenskonkurrenz, und ferner das, was Mittermaier[2]) n. 2. und 4 zu Feuerbach §. 63 erwähnt. In Verbindung nämlich mit dem bei der Verjährung und ihrem ſubjektiven Grunde Dargeſtellten rechtfertigt ſich eine den Zweck der Beſſerung befördernde geſetzliche Feſtſetzung, wornach ein Strafgefangener, der ſich eine Zeitlang gut aufgeführt hat, die Erlaſſung des Reſts ſeiner Strafzeit fordern darf, resp. das Inſtitut der Rehabilitation der Ehre, wornach entweder nach vorgängigem Verfahren durch einen beſondern Gnadenakt, oder durch das Gericht ſelbſt nach Ablauf einer beſtimmten Zeit einem zu entehrender Strafe Verurtheilten Reſtitution ſoll ertheilt werden können[3]).

§. 219.

So wenig die Ausübung der Begnadigung an eine Norm gebunden werden kann, da ſie vielmehr in der unbedingten Subjektivität des Gewiſſens ihr Geſetz hat, ſo gewiß liegt es doch in ihrem Begriffe, Grenzen zu haben, deren Ueberſchreitung ihre Ausübung verwerflich macht. Dieſe Grenzen

1) L.B. S. 251 in der Mitte.
2) Zürcher G.B. Art. 39. Luzerner G.B. Art. 100.
3) Code d'instr. Art. 619 ff. Luzerner G.B. Art. 95. vgl. v. Jagemann N. Arch. 1838. S. 394.

können aber nur in ihrem Princip gegründet ſeyn, welches allein in der Gerechtigkeit liegt. Die Gnade ſoll das Geſetz in denjenigen Fällen ergänzen, in welchen ſeine Strenge dem Zwecke der Gerechtigkeit widerſprechen würde. Der Zweck der Gerechtigkeit iſt aber überhaupt der: das Beſondere in ſeinem richtigen Verhältniſſe zum Ganzen feſtzuhalten und, wenn es ſich daraus losgeriſſen hat, wieder in daſſelbe zurückzubringen, was bei Verbrechen dadurch geſchieht, daß das in ſich Nichtige eben in dem Maße als nichtig behandelt wird, als es ſich ſelbſt negativ geſetzt hat. Der nächſtliegende Fall für die Begnadigung iſt nun a) der, wenn ein ſolches Nichtiges vorliegt, die Geſetze aber ſelbſt mit dem Minimum ihrer Strafe noch als zu ſtreng dagegen erſcheinen, wo es denn Sache der Gnade iſt, auch dieſes Minimum noch ſo weit zu mildern, bis das richtige Aequivalent für die konkrete Negativität des verbrecheriſchen Willens herauskommt. Ja, es kann der konkrete Fall ſolche für das allgemeine Geſetz unvorherſehbar geweſenen, mildernden Umſtände mit ſich führen, daß alle Strafe ungerecht erſcheint. — Keineswegs führt übrigens dieſes Recht auch umgekehrt zu der Annahme eines Strafſchärfungsrechts des Regenten, falls die geſetzliche Strafe in ihrem Maximum als nicht genügendes Aequivalent für die konkrete Negation erſchiene. Denn letzteres iſt gar nicht möglich, da das Verbrechen weſentlich geſetzwidrige Handlung, die Strafe nur Genugthuung für das Geſetz iſt, mithin eine über das Maximum des Geſetzes hinausgehende Negation zwar moraliſch, aber nicht rechtlich möglich iſt, jenes Maximum vielmehr die abſolute Grenze für die objektiv-ſittliche Gerechtigkeit bildet, während es mit dem Minimum der geſetzlichen Strafe ſich umgekehrt verhält. Dem ſteht auch nicht die erwieſene Zuläſſigkeit geſetzlicher Strafſchärfungsgründe entgegen, da dieſe Schärfungen eben noch innerhalb des Geſetzes liegen, mithin der Verbrecher vorher weiß, daß er in

ſolchem Fall ein intenſiveres Verbrechen begeht und dem Geſetze ſtärkere Genugthuung geben muß. b) Es kann aber auch der Fall eintreten, daß die Strafe des Geſetzes nicht nur für den konkreten Fall zu hart, ſondern daß ihre Vollſtreckung dem höheren Zweck der organiſchen Erhaltung des Ganzen widerſprechend wäre, — dann nämlich, wenn eine negative Kriſis ſich der großen Maſſe bemächtigt hat, deren Beſtrafung nicht allein (eben wegen der Verbreitung der Geſinnung, woraus die Thaten hervorgegangen ſind) relativ ungerecht ſeyn, ſondern auch den Staat, ſtatt ihn aus der Kriſis herzuſtellen, in neue Gefahr bringen würde. c) Endlich kann es der Fall ſeyn, daß zwar die geſetzliche Strafe für die konkrete Schuld keineswegs zu ſtreng, auch von ihrer Vollziehung keine Gefahr für das harmoniſche Leben des Ganzen zu befürchten iſt, daß aber die konkrete Geſtalt des Verbrechens (z. B. bei Räuberbanden ꝛc.) dem Staate ſchon die Aufſuchung und Ergreifung der Schuldigen ſo erſchwert, daß es rathſam erſcheint, einen ſchweren Zeit-, Arbeits- und vielleicht Menſchenverluſt zu ſparen und den Zweck der Unterwerfung durch eine in Ausſicht geſtellte Begnadigung zu verfolgen, welche bewirkt, daß die Schuldigen einander verrathen.

Anm. — Der Grund a) iſt der am allgemeinſten anerkannte[1]; die ſehr wichtige Frage aber, ob nicht aus demſelben Grunde auch ein Schärfungsrecht des Regenten für den entgegengeſetzten Fall abgeleitet werden müſſe, wird gewöhnlich übergangen, oder wenigſtens an andrer Stelle abgehandelt[2], wo dann die Verbindung

---

1) Kleinſchrod Syſt. Entw. II. §. 110. Feuerbach §. 63. Oerſted S. 456—458. Marezoll S. 168. Mohl Wirt. Staatsr. I. S. 42.

2) S. z. B. Wächter I. S. 202. n. 55.

mit der vorliegenden Frage nicht gehörig hervortritt [1]). Die Sache iſt aber um ſo bedeutſamer, als nicht etwa nur die (bei Wächter angef.) älteren Schriftſteller, neben andern abenteuerlichen Vorrechten, dem Regenten auch das der Strafſchärfung zutheilten, vielmehr noch neuerdings von Maurenbrecher [2]) zwar dieſes Recht verworfen, dagegen das Recht, mit Umgehung der Gerichte und Auslaſſung der gewöhnlichen Proceßformen Strafbefehle zu erlaſſen, ſo oft es das öffentliche Wohl erfordre, dem Regenten zugeſprochen wurde. — Uebrigens iſt es wieder eine beſtrittene Frage, ob auch der Begnadigungsgrund, der aus den ausgezeichneten Verdienſten des Schuldigen und der Hoffnung, welche ſich der Staat von ſeinen vorzüglichen Eigenſchaften machen kann, hergenommen wird, zuläſſig ſei? Oerſted [3]) bejaht die Frage, falls es ſich nicht von groben und ſchändlichen Verbrechen handle. Allerdings iſt hier die Grenze zwiſchen dem Gebiete der rechtlichen und moraliſchen Rückſichten eine ſchwer, ja wohl unmöglich mit Beſtimmtheit zu ziehende, wie denn auch hier Alles dem Gewiſſen des Staatsoberhaupts anheimgeſtellt bleiben muß. Man wird daher nur mit Mohl [4]) ſagen können, der Regent dürfe auch dann, wenn die ſittliche Perſönlichkeit des Verurtheilten eine mildere Behandlung erlaube, Strafwürdigkeit und Strafe in ein billiges und kluges Verhältniß ſetzen. — Der Grund b) iſt auch von ſolchen anerkannt, die ſonſt Gegner des Begnadigungsrechts ſind, z. B. von Kant [5]). Endlich darf auch der Grund

1) Das Richtige trifft Kleinſchrod Syſt. Entw. II. §. 112. 113.
2) S. dagegen Zachariä Deutſch. Staats=R. II. S. 215. 216.
3) Grundregeln S. 461. 462.
4) A. a. O.
5) S. Oerſted a. a. O. S. 458—460.

c) nicht unbedingt ausgeſchloſſen werden [1]; jedenfalls fallen, wenn hier ſtets ein ſpecieller Begnadigungsakt erfordert wird, die meiſten der Einwendungen weg, welche gegen eine für derartige Fälle ein für alle Male zugeſicherte Begnadigung erhoben werden können. Treffend ſagt Oerſted: „So wichtig auch die ſtrenge Beobachtung der Strafgeſetze für die bürgerliche Geſellſchaft iſt, ſo kann doch nicht mit Fug angenommen werden, daß jede andre Betrachtung derſelben weichen müſſe, daß alles Andere, was dem Volke theuer und wichtig ſeyn kann, aufgeopfert werden müſſe, damit kein erwieſener Uebertreter der Strafe entgehe, welche das Geſetz einmal für ſeine Uebertretung ausgeſprochen hat, und am allerwenigſten kann man, ohne den geſunden Sinn zu verläugnen, behaupten, daß der Staat ſein Daſein auf's Spiel ſetzen müſſe, um ein Strafgeſetz aufrecht zu erhalten, welches in dem gegebenen Falle nicht ohne Gefahr für den Staat, deſſen Sicherheit doch das Ziel der Strafgeſetze iſt, durchgeführt werden kann [2].“ — So wünſchenswerth es nun aber iſt, daß die Ausübung dieſes höchſten Vorrechts, beſonders wo es ſein Motiv in Umſtänden ſucht, die nicht unmittelbar mit der begangenen That ſelbſt zuſammenhängen, keinem — ſtets gefährlichen — Mißbrauche unterliegen möge [3]), ſo wenig iſt es doch möglich, hier eine geſetzliche Schranke zu ziehen, da die Gründe für die Ausübung des Rechts lediglich dem Gewiſſen des Regenten anheimgeſtellt bleiben müſſen, und von ihm nicht einmal die Angabe derſelben verlangt werden kann, daher denn auch die Beſtimmungen einiger

---

1) Oerſted S. 460. 461.

2) Derſ. S. 462. 463.

3) Mohl a. a. O. und die dort angef. Schriften von Machiavelli, Beccaria u. Filangieri.

Verf.=Urkunden in dieſer Beziehung ſehr allgemein haben ausfallen müſſen [1]). Natürlich kann auch eben deshalb in konſtitutionellen Staaten der Juſtizminiſter für die gedachte Ausübung nie verantwortlich gemacht werden. Nur ſoviel läßt ſich allerdings geſetzlich als Schranke feſtſetzen, daß der Regent, wenn er blos die Strafe mildern will, eine in den Geſetzen anerkannte Strafart, und zwar nach Maßgabe der geſetzlich fixirten Skala der Strafarten zu wählen habe [2]). Außerdem liegt auch darin wenigſtens eine ſichernde Beſtimmung, wenn grundgeſetzlich vorgeſchrieben iſt, daß der Regent, ehe er das Vorrecht ausübe, immer ein Gutachten des erkennenden Gerichts einzufordern habe [3]). Von ſelbſt verſteht ſich endlich, daß die Form der Ausübung nie den Schein eines richterlichen Ausſpruchs involviren, daß alſo namentlich der Regent nie freiſprechen oder (wo dieſe zweideutige Urtheilsform noch anerkannt iſt) von der Inſtanz abſolviren darf [4]).

§. 220.

Weil die Begnadigung keinen andern Zweck, als den der Gerechtigkeit hat, ſo iſt ſie auch an keine Zeit gebunden, wie ſie denn zwar in dem Falle a (§. 219) erſt nach erfolgtem Urtheilsſpruch eintritt, dagegen in den Fällen b und c nothwendig die Form der Abolition oder Amneſtie haben muß, welche ſchon vor der gerichtlichen Unterſuchung eintreten theils müſſen, theils können. Schon deshalb nun, weil es unter Umſtänden zum Beſten des Ganzen nothwendig ſeyn kann, ſchon den Anfang einer Unterſuchung zu verhin=

1) Wirt. Verf.=U. §. 97. Kurheſſiſche §. 126.

2) Nach Wirt. Recht kann er mit Einwilligung des Schuldigen auch eine andere wählen. Hufnagel I. S. 285—287.

3) Wirt. Verf.=Urk. a. a. O.

4) Zachariä a. a. O. S. 214.

dern oder eine begonnene niederzuſchlagen, erſcheint die Begnadigung auch in der Form der Abolition unentbehrlich, obgleich ihre Ausübung hier dem Mißbrauche ganz beſonders ausgeſetzt iſt. Insbeſondere kann aber auch die Begnadigung erſt während der Erſtehung der Strafe eintreten, wenn nämlich zwar zur Zeit der Verurtheilung die geſetzliche Strafe in ihrem vollen Maße gerechtfertigt war, durch die eingetretene Beſſerung aber ihre Fortdauer als zwecklos erſcheint.

Anm. — Es iſt nicht zu läugnen, daß der Abolition mehr politiſche und rechtliche Bedenken [1]) entgegenſtehen, als der Begnadigung im e. S., daher auch einige Verfaſſungs-Urkunden ſie ausſchließen [2]). — Insbeſondere könnte es ſcheinen, als ob dem angeklagten Bürger ein unbedingtes Recht auf den gerichtlichen Spruch zuerkannt werden müſſe, und als ob dieſes Recht durch die mit der Abolition gewährten Vortheile [3]) nicht aufgewogen werde [4]). Allein erſtere Behauptung wäre nur dann richtig, wenn die Gnade dem Recht als bloß ſubjektive Willkühr entgegenſtünde, wogegen ſie als die objektivſte Gerechtigkeit aufgefaßt werden muß. (Da dies auch Abegg thut, ſo iſt ſeine Verwerfung der Abolition ohne Grund). Jedenfalls muß aber der im Paragraphen angeführte Grund für die Anerkennung des Abolitionsrechts genügen [5]). Nur iſt es paſſend, das Abolitionsrecht, das an und für ſich gleichfalls dem Gewiſſen des Staatsoberhauptes anheimgeſtellt bleiben muß, noch mehr, als die Begnadigung im e. S., mit ſichern-

1) S. Kleinſchrod. Syſt. Entw. II. S. 294. Spangenberg. N. Arch. XIII. S. 355 ff. Abegg, Lb. S. 249.
2) Z. B. Bair. Verf.-Urk. Tit. 8. §. 4.
3) Mohl a. a. O.
4) Marezoll, Lb. S. 170. n. 2.
5) S. auch Oerſted, S. 463. 464. Zachariä a. a. O. S. 212.

den Formen zu umgeben, namentlich alſo ſeine Ausübung durch ein anrathendes Gutachten des (hiefür dann natürlich verantwortlichen) Juſtizminiſters [1]), oder durch ein Gutachten des höchſten Gerichts [2]) zu bedingen. —

§. 221.

Die Begnadigung iſt aber endlich bei allen Verbrechen möglich und kann ſich auf alle ſtrafrechtlichen Folgen derſelben erſtrecken, jenes, weil bei allen Verbrechen eine innere Aufhebung der ſittlichen Negation durch die unendliche Macht der Subjektivität möglich, hievon aber die Begnadigung nur der objektive Ausdruck iſt, — dieſes, weil nach innerer Aufhebung des Verbrechens die Fortdauer der äußeren Strafe als weſen- und zwecklos erſcheint. Was von den ſtrafrechtlichen Folgen gilt, das gilt jedoch nicht auch von den privatrechtlichen, gleichwie auch aus Gründen, die im Organismus der Staatsverfaſſung liegen, eine Beſchränkung des Begnadigungsrechts (beſonders in der Form der Abolition) in Beziehung auf Dienſtverbrechen der Staatsdiener oder Verfaſſungsverletzungen ſich rechtfertigt. Endlich folgt aus dem Weſen der Begnadigung, als eines Akts lauterer Gerechtigkeit, daß einerſeits die Ertheilung der Gnade nicht durch ein Geſuch des Angeſchuligten bedingt, andrerſeits ihre Ausführung nicht von der Einwilligung des Letzteren abhängig ſeyn kann.

Anm. — Der Satz, daß die Begnadigung bei allen Verbrechen möglich ſei und auf alle ſtrafrechtlichen Folgen derſelben ſich erſtrecken könne, erlitt im gemeinen deutſchen Rechte verſchiedene Beſchränkungen, die im modernen Staate nicht mehr feſtgehalten werden ſollten. Sonderbar iſt es übrigens, im römiſchen Rechte [3]) neben

1) Wirt. Verf.-Urk. §. 97.
2) Braunſchw. Landſch.-Ordnung. §. 208.
3) Marezoll, bürgerl. Ehre. S. 78 ff. 261 ff.

der ſchrankenloſen Dispenſationsbefugniß des Regenten, vermöge deren er ſogar in rechtshängige Streitſachen willkührlich eingreifen und ſie im Widerſpruch mit dem Geſetze beendigen konnte, den Grundſatz zu finden, daß bei gewiſſen Verbrechen die Begnadigung (der Theorie nach) ganz ausgeſchloſſen ſeyn ſolle. Eben ſo wenig ſind aber wohl die unendlich vielen Abſtufungen der Gnade zu billigen, wie ſie aus dem römiſchen Rechte ſich herſchreiben, obgleich an ſich nichts dagegen zu ſagen iſt, wenn die Begnadigung nach den Momenten des Falls in verſchiedenem Maße ertheilt, wenn namentlich in Beziehung auf die bürgerlichen Ehrenrechte hier eine weiſe Mäßigung gebraucht wird [1]. Daß jedenfalls die Begnadigung die privatrechtlichen Folgen des Verbrechens nicht aufheben könne, iſt allgemein anerkannt. Dagegen wäre es ſehr am Platze, wenn neuere Geſetzgebungen beſtimmte Normen über die ſtrafrechtlichen Folgen der Begnadigung treffen wollten, um die jedenfalls ärgerlichen und der Würde der Sache nicht zuträglichen Streitigkeiten über die Auslegung der Begnadigungsdekrete zu vermeiden [2] (in dieſer Rückſicht waren die römiſchen Beſtimmungen nicht zu tadeln), insbeſondre auch darüber zu entſcheiden, ob ein Verbrechen, hinſichtlich deſſen Begnadigung erfolgt iſt, beim Rückfall mit berückſichtigt werden ſoll, oder nicht [3]. — Wenn nun aber als Princip aufgeſtellt wird, daß die Gnade die Macht haben müſſe, alle ſtrafrechtlichen Folgen des Verbrechens zu tilgen, und daß kein Verbrechen davon ausgeſchloſſen ſeyn könne, ſo iſt damit nicht geſagt,

1) Hufnagel, Komm. I. S. 287.

2) Heffter §. 184. n. 8—10.

3) Das wirt. Recht entſcheidet hier anders, als bei der Verjährung. Hufnagel I. S. 274. Vgl. Abegg, N. Arch. 1834. S. 445.

daß nicht aus ſtaatsrechtlichen Gründen Ausnahmen ſtattfinden könnten, die übrigens nur ſcheinbare Ausnahmen ſind, weil es ſich hier von der Begnadigung, nicht im Sinne eines Akts der Gerechtigkeit, ſondern im Sinne eines partheilichen Aktes handelt [1]). In dem Weſen eines Staatsverfaſſungsorganismus liegt nämlich die Forderung eines eigenthümlichen (daher am beſten auch formell ganz von den gewöhnlichen Gerichten abgeſonderten) Staatsgerichts, das die Beſtimmung hat, Verfaſſungsverletzungen und Amtsmißbräuche von Seiten der höchſten Staatsbeamten, insbeſondere derer, welche die Verantwortlichkeit für die Handlungen des Centralwillens im Staate übernehmen, zu beſtrafen. Es iſt klar, daß in Beziehung auf ſolche Straffälle der Regent relativ als partheilich gelten und deßhalb ſein Begnadigungsrecht beſchränkt ſeyn muß, daher die Beſtimmungen ſolcher Verfaſſungs-Urkunden, welche das Gegentheil feſtſetzen (wie die franzöſiſche, niederländiſche, bairiſche, badiſche ꝛc.), nicht für richtig gehalten werden können. Andrerſeits aber iſt das Staatsoberhaupt in ſolchen Straffällen eben auch nur relativ Parthei, ſoweit es ſich nämlich in dem angeklagten Beamten, als ſeinem Organe, als Exekutivgewalt im Gegenſatze zur geſetzgebenden befindet. Deshalb muß allerdings, ſoweit es ſich von der Strafe der Amtsentſetzung handelt, die Begnadigung überhaupt, ja ſelbſt die ſpätere Wiederanſtellung des Angeklagten (ſoweit ſie nicht etwa im Urtheile vorbehalten war) ausgeſchloſſen ſeyn. Denn es iſt offenbar, daß im Gegentheile der Regent es in der Hand hätte, die ganze Wirkſamkeit des Staatsgerichts und folgeweiſe der geſetzgebenden Gewalt ſelbſt zum leeren Scheine herabzuſetzen. Eben daher darf auch

1) S. die Schrift von Mohl über die Miniſterverantwortlichkeit.

in ſolchen Fällen Abolition unter keinen Umſtänden erfolgen. Dagegen liegt es auch wieder im Weſen eines organiſch=konſtituirten Staats, daß hier der Regent unter keinen Umſtänden eine bloß partheiliche Stellung haben kann, und in der That ſteht auch in den fraglichen Fällen einer Begnadigung in Beziehung auf alle andern, das Amtsverhältniß des Schuldigen nicht unmittelbar berührenden, Strafen um ſo weniger etwas im Wege, als einerſeits der Hauptzweck des Staatsgerichts weſentlich der iſt, die amtliche Thätigkeit des Schuldigen als nichtig zu bezeichnen, andrerſeits eben bei ſolchen Verbrechen der Perſönlichkeit des Schuldigen ſehr intenſive Milderungsgründe zu Statten kommen können. Deshalb iſt wohl auch das andre Extrem, wie es das engliſche und nordamerikaniſche Staatsrecht enthält, daß nämlich in ſolchen Fällen die Begnadigung ganz ausgeſchloſſen ſeyn ſoll, gleichfalls nicht zu billigen. Einen ſehr richtigen Mittelweg geht hier die wirt. Verf.=Urkunde. Ueber den Satz endlich, daß die Wirkſamkeit der Begnadigung durch den Verzicht des Begnadigten nicht ausgeſchloſſen werden könne, ſind wohl die meiſten Kriminaliſten jetzt einig [2]), wie er denn auch in geſetzgebenden Verſammlungen ausgeſprochen und in Reſkripten beſtätigt wird [3]). Eine eigene Anſicht war im Cod. jur. Bav. crim. v. J. 1751 aufgeſtellt, ſofern dieſer zwar für die Regel nach dem irrig angewandten Grundſatz: beneficia non obtruduntur entſchied, dagegen

1) Wirt. Verf.=Urk. §. 205., ebenſo die Meiningiſche §. 106.

2) S. beſonders Oerſted S. 464—471. Trummer, Beitr. zur Phil. d. Rechts. S. 195. Heffter, §. 184. n. 7. Marezoll, S. 170. Wächter, 1. S. 262. n. 8. Zachariä, D. Staats=R. II. S. 215. Mohl, wirt. Staats=R. I. §. 42. A.M. Roßhirt, Entw. S. 423.

3) S. Mittermaier n. 5 zu Feuerbach §. 63.

bei Leibes- und Lebensſtrafen eine Ausnahme machte, weil „über ſein Leib und Leben Niemand uneingeſchränktes Eigenthum und Herrſchaft beſitze."

Nachdem der erſte Theil das Verbrechen und die Strafe an ſich abgehandelt hat, ſo wären denn im zweiten Theile die Verbrechens- und Strafarten darzuſtellen.

Da jedoch die Ausführung des erſten Theils einen größeren Raum eingenommen hat, als daß ſich hier der zweite noch in dem ihm gebührenden Umfange anſchließen könnte, — da ferner der dritte Theil des Syſtems, welcher den Strafproceß zu enthalten hat, ohnedies von der gegenwärtigen Darſtellung ausgeſchloſſen bleibt, ſo ſchien es gerathen, hier den Band zu ſchließen, um ſo mehr, als es zweckmäßiger ſeyn dürfte, den zweiten Theil des Syſtems unmittelbar mit der geſchichtlichen Darſtellung der Verbrechens- und Strafarten des poſitiven Rechts zu verflechten, welche einem zweiten Bande vorbehalten bleibt.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Köstlin, Reinhold,

Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts

Tübingen 1845

Crim. 154 mc
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10394853-0